موسوعة الفقه والقضاء

المستشار
محمد عزمي البكري
رئيس محكمة الاستئناف

في القانون المدني
الشفعة

المواد ٩٣٥ - ٩٤٨

المجلد السابع عشر



٩ ش سامى البارودى - باب الخلق - القاهرة
ت : ٣٩٦٠٤٤٣٠ - ٣٩٥٣٣٠١

موسوعة الفقه والقضاء

المستشار
محمد عزمي البكري
رئيس محكمة الاستئناف

في القانون المدني

{ الشفعة }

• شروط الأخذ بالشفعة • أسباب الشفعة
• تزاحم الشفعاء • موانع الشفعة
• إجراءات الشفعة • دعوى الشفعة
• آثار الشفعة • سقوط الشفعة

المجلد السابع عشر
المواد ٩٣٥-٩٤٨



٩ ش سامي البارودي - باب الخلق - القاهرة
ت: ٣٩٦٠٤٤٣ ٢٠٢٠٠٢ - ٢٣٩٣٨٦١٨ ٢٠٢٠٠٢

٦ – الشفعة

شروط الأخذ بالشفعة :

مادة (٩٣٥)

الشفعة رخصة تجيز فى بيع العقار الحلول محل المشترى فى الأحوال وبالشروط المنصوص عليها فى المواد التالية .

الشـــرح

١ـ التطور التشريعي لأحكام الشفعة:

الشفعة نظام عرفته الشريعة الإسلامية ، فهى المصدر لأحكام الشفعة .

وعندما صدرت المجموعة المدنية المختلطة اقتبس أحكام الشفعة من مصدرها وهى الشريعة الإسلامية . وقد نصت عليها فى المواد (٩٣ – ١٠١) كسبب لكسب الملكية ، وذلك لما تبين لواضعى القانون المدنى المختلط من أن هذا النظام أصبح جزءا من التقاليد القانونية للبلاد .

ولما صدرت المجموعة المدنية الأهلية كان طبيعيا أن تتأثر بهذا الوضع ، فنصت بدورها على الشفعة فى المواد (٦٨ – ٧٥) ضمن أسباب كسب الملكية .

غير أن العمل أظهر أن أحكام المواد المذكورة ليست وافية لفض المنازعات المختلفة الناشئة عنها ، مما دعا القضاء إلى الاستعانة بأحكام الشريعة الإسلامية وما استقر عليه رأى فقهائها فى شأن المشكلات التى لايمكن الاستناد فى حلها إلى نصوص القانون. وبذلك فتح باب الاجتهاد على مصراعيه ، الأمر الذى أدى إلى تشعب الآراء وتناقض الأحكام .

إزاء ذلك اضطر المشرع إلى سن قانون جديد خاص بالشفعة قنن فيه بعض الأحكام التى أقرتها المحاكم ، وأضاف إليها قواعد أخرى رأى ضرورة إضافتها ، وصدر به الأمر العالى فى ٢٦ مارس سنة ١٩٠٠ بالنسبة للقضاء المختلط ، وفى ٢٣ مارس سنة ١٩٠١ بالنسبة للقضاء الأهلى .

وبذلك انفصلت الشفعة عن المجموعة المدنية ، وظلت على هذا الحال من الانفصال حتى صدور القانون المدنى الجديد .

وبصدور هذا القانون عادت الشفعة إلى مكانها من التقنين المدنى سببا لكسب الملكية ، فقد وردت أحكامها فى المواد (٩٣٥–

٩٤٨) ضمن أحكام الفصل الذى خصصه المشرع لأسباب كسب الشفعة [١].

ويلوح مما نشر من مناقشات اللجنة التى شكلت لإعداد نصوص الشفعة ، أن بقاء هذا النظام من عدمه كان محل مناقشات طويلة، إلا أن الرأى قد استقر على إبقاء الشفعة سببا لكسب الملكية، لاعتبارات تاريخية ، ولأن هذا النظام قد أصبح جزءا من التقاليد القانونية للبلاد ، هذا بالإضافة إلى ما للشفعة من فائدة فى جمع ما تفرق من حق الملكية ، كضم حق الانتفاع إلى الرقبة من طريق الأخذ بالشفعة .

إلا أن اللجنة وإن كانت قد انتهت إلى استبقاء الشفعة ، إلا أنها قد عملت من ناحية أخرى على التضييق فى الأخذ بها ، باعتبارها قيدا يرد على حرية التصرف فيحسن عدم التوسع فيه . وقد تبعها المشرع فى ذلك . ومن مظاهر التضييق فى الشفعة ما يأتى [٢] :

---

(١) الدكتور محمد كامل مرسى الملكية والحقوق العينية الجزء الرابع الشفعة فى العقار الطبعة الثالثة ١٣٥٥ هـ - ١٩٣٦م ص ١٤ - الدكتور محمد على عرفه شرح القانون المدنى الجديد الجزء الثانى أسباب كسب الملكية طبعة ١٩٥٥ ص ٣٧٨ ومابعدها .

(٢) مذكرة المشروع التمهيدى مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٦ ص ٣٤٣ هامش (١) .

١- حرص المشرع على تعريف الشفعة بأنها رخصة، أى مشيئة وإرادة على حد تعبير الشرعيين ، وليس حقا يتصل بالذمة المالية . وسوف نرى ما لهذا الاتجاه من أثر فى الرأى القائل بانتقال خيار الشفعة بالميراث، كما كان من أثره ما قررته المادة ٩٤٨ من سقوط الشفعة إذا نزل الشفيع عنها ولو قبل البيع . وقد كانت هذه المسألة وسابقتها مثار خلاف فى الفقه والقضاء .

٢- توسع المشرع فى موانع الشفعة ، بأن منع الشفعة فى البيع بين الأقارب لغاية الدرجة الرابعة ، ولم يقتصر على الدرجة الثالثة التى اقتصر عليها قانون الشفعة السابق . ومنعها فى البيع ما بين الأصهار لغاية الثانية ولم يكن قانون الشفعة السابق يمنعها فى البيع ما بين الأصهار أصلا .

٣- توسع المشرع فى مسقطات الشفعة ، بأن أنقص المدة التى تسقط حق الأخذ بالشفعة إلى أربعة أشهر من يوم تسجيل البيع (م٩٤٨/ب مدنى) . بدلا من ستة أشهر وفقا للمادة ٢٢ من قانون الشفعة الملغى .

٤- ومن مظاهر التضييق فى مجال الإجراءات ، أن أوجبت المادة ٩٤٢ مدنى على الشفيع أن يودع خزانة المحكمة مبلغا يساوى الثمن الحقيقى الذى حصل به البيع ، كما استلزمت أن يتم

هذا الإيداع قبل رفع الدعوى ، وإلا سقط حق الشفيع فى الأخذ بالشفعة .

وهذا تعديل جوهرى من شأنه القضاء على المنازعات التى كانت تترتب على الاكتفاء من الشفيع بمجرد إبداء استعداده لدفع الثمن فى صحيفة دعوى الشفعة ، وفقا لما استقرت عليه أحكام القضاء فى شأن تفسير المادة ١٤ من قانون الشفعة الملغى .

وكذلك ألزمت المادة ٩٤٢ الشفيع بأن يقيد دعواه خلال ثلاثين يوما من تاريخ إعلان الرغبة ، بعد أن كان القضاء مستقرا على عدم لزوم إجراء القيد خلال هذا الميعاد . وظاهر أن قصد المشرع من ذلك هو سرعة البت فى أمر الشفعة حتى لايتخذ منها الشفيع مجالا للمضاربة ، وذلك بالاكتفاء بإعلان صحيفتها وإرجاء قيدها لمساومة المشترى على التنازل عنها فى مقابل مبلغ من المال يكون الحصول عليه هو هدف الشفيع الحقيقى .

٥- أن المشرع نص فى المادة ٩٤٠ مدنى على أن العبرة فى بدء سريان ميعاد إعلان الرغبة فى الأخذ بالشفعة ، هى بتاريخ الإنذار الرسمى الذى يوجهه البائع أو المشترى إلى الشفيع ، بعد أن كانت المادة ١٩ فقرة ثانية من قانون الشفعة الملغى تتخذ من علم الشفيع بالبيع من أى طريق كان أساسا لبدء سريان هذا الميعاد .

وقد كان تحديد وقت العلم بالبيع مثارا لإشكالات عديدة أمام القضاء ، فحسم المشرع بالحكم الذى استحدثه دابر المنازعة فى مسألة فرعية كثيرا ما كان يقصد من إثارتها مجرد الكيد وإضاعة الوقت .

٦- نص التقنين المدنى فى الفقرة الثالثة من المادة ٩٣٧ على أنه إذا توافرت فى المشترى الشروط التى كانت تجعله شفيعا طبقا لنص المادة ٩٣٧ " فإنه يفضل على الشفعاء الذين هم فى طبقته " .

وقد كانت محكمة النقض بالتطبيق لأحكام قانون الشفعة الملغى، لاتفضل المشترى الشفيع على شفيع من طبقته ، فكانت تفتح بابا للأخذ بالشفعة أغلقه التقنين المدنى الجديد بالنص سالف الذكر [1].

٢ـ أدلة الشفعة فى الشريعة الإسلامية :

الشفعة كما ذكرنا نظام تابع من الشريعة الإسلامية ، وهو ثابت بالسنة والإجماع .

---

(١) مذكرة المشروع التمهيدى مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٦ص ٣٤٤- الدكتور عبد الرزاق السنهورى الوسيط فى شرح القانون المدنى الجـزء التاسع المجلد الأول الطبعة الثالثة ١٩٩٢ ص ٦٢٨ ومابعدها - محمـد على عرفه ص ٣٧٨ .

ودليل ثبوتها بالسنة ما جاء بالأحاديث الآتية :

١- فعن جابر أن النبى ﷺ قضى بالشفعة فى كل ما لم يقسم، فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة .

٢- وعن أبى هريرة قال رسول الله ﷺ إذا قسمت الدار وحدت فلا شفعة فيها .

٣- وعن جابر أن النبى ﷺ قضى بالشفعة فى كل شركة لم تقسم ربعة أو حائط لايحل له أن يبيع حتى يؤذن شريكه ، فإن شاء أخذ ، وإن شاء ترك ، فإن باعه ولم يؤذنه فهو أحق به .

٤- وعن عبادة بين الصامت أن النبى ﷺ قضى بالشفعة بين الشركاء فى الأرضين والدور .

٥- وعن سمرة عن النبى ﷺ قال : جار الدار أحق بالدار من غيره .

٦- وعن الشديد بن سويد قال : قلت يا رسول الله أرض ليس لأحد فيها شرك ولاقسم إلا الجوار ؟ فقال الجار أحق بقبه ما كان.

٧- وعن عمرو بن الشديد قال : وقفت على سعد بن أبى وقاص، فجاء المسور بن مخزمة ، ثم جاء أبو رافع مولى النبى ﷺ، فقال يا سعد إبتع منى بيتى فى دارك ، فقال سعد والله ما ابتاعها، فقال المسور والله لتبتاعنها ، فقال سعد والله ما أزيدك على أربعة آلاف منجمة أو مقطعة ، فقال أبو رافع لقد أعطيت بها

خمسمائة دينار ، ولو لا أنى سمعت رسول الله يقول : الجار أحق بسبقه ما أعطيتكها بأربعة آلاف وأنا أعطى بها خمسمائة دينار ، فأعطاه إياه.

٨- وعن عبد الملك بن أبى سليمان عن عطاء عن جابر قال قال النبى ﷺ الجار أحق بشفعة جاره ينتظر بها وإن كان غائبا إذا كان طريقهما واحدا .

والإجماع : لما يرى من الأخذ بها فى كل زمان ومكان من غير نكير على ذلك من أحد أئمة الإسلام .

وفى ذلك يقول ابن المنذر : " أجمع أهل العلم على ثبوت حق الشفعة للشريك الذى لم يقاسم ، فيما بيع من أرض أو دار أو حائط "بستان" ، وفي المغنى لأبي محمد عبد الله بن أحمد الحنبلي أنه لا يعلم فى ثبوتها خلاف لأحد إلا لأبى بكر الأصم وفي مثل ذلك في كتاب نيل الأوطار(١).

غير أن الأئمةلم يتفقوا على ثبوت الشفعة إلا للشريك فى الملك، واختلفوا فيما عدا ذلك . فقال أبو حنيفة الشفعة على مراتب ، يقدم

---

(١) تكملة فتح القدير للكمال بن الهمام جـ٩ ص ٣٧٠ ومابعدها- الأستاذ علــى الخفيف أحكام المعاملات الشرعية الطبعة الثالثة ص ١٠٩ وما بعدها.

فيها الشريك فى نفس المبيع ، ثم الشريك فى حقوق المبيع ، ثم الجار المالك بعدهما .

وذهب الشافعي وأحمد ومالك وأهل المدينة إلى أن لاشفعة للجار ولا للشريك فى حقوق المبيع .

٣ـ الحكمة من الشفعة :

الحكمة من الشفعة هى دفع ضرر المجاورة أو الاشتراك فى الملك ، ثم إن من شأنها أيضا منع تجزئة العقارات بيعها لغير الجار والشريك وجمع ما تفرق من حق الملكية ، كضم حق الانتفاع إلى الرقبة عن طريق الأخذ بالشفعة [١].

لكن مما تجدر ملاحظته فى هذا الصدد أنه لا يلزم لثبوت الشفعة أن يتحقق الضرر فعلا ، كما أن انتفاء الحكمة من تقرير الشفعة لاينفى قيامها حيث إن الشفعة تثبت بتوافر أحد أسبابها وشروط الأخذ به [٢].

ويقول ابن عابدين : " دفع الضرر الذى يحتمل وقوعه بين الشركاء أو الجيران نتيجة إعلاء الجوار وإيقاد النار ومنع ضوء

---

(١) الدكتور عبد المنعم البدراوى حق الملكية ١٩٧٨ ص ٣٣٣ .

(٢) الدكتور نبيل إبراهيم سعد الحقوق العينية الأصلية طبعة ١٩٩٩ص٣٢٩.

النهار ، وإثارة الغبار وإيقاف الدواب والصغار " ويبين الفقه المعاصر جانبا من الحكمة فيقول :

(فقد يكون ذلك الشخص – المشترى- غليظ الطبع ردئ الخلق سيء المعاشرة ذلك إلى ما ينال الشفيع منها من سعه في مسكنه من تخرجه من ضيق اضطرب له سكونه وافتقد به راحته، أو زيادة في مزرعته تمكنه من الإحسان في استغلالها وإنماء غلاتها)[١].

٤ـ الشريعة الإسلامية المصدر التشريعى للشفعة :

استمد المشرع أحكام الشفعة من الفقه الإسلامى ، ولذلك يعتبر الفقه الإسلامى مصدرا تاريخيا لها ، يجب الرجوع إليه عند تفسير هذه الأحكام بشرط عدم التعارض مع المبادئ العامة فى القانون حيث يحتفظ النظام القانونى بانسجامه وتناسقه [٢].

ومن ناحية أخرى فتطبيقا للمادة الأولى من القانون المدنى ، يجب الرجوع إلى المبادئ العامة فى الشريعة الإسلامية عند عدم وجود نص أو عرف فى المسألة المعروضة وعندئذ تكون الشريعة مصدرا رسميا . ولكن يراعى عند الرجوع للشريعة ، سواء لتفسير

---

(١) على الخفيف فى أحكام المعاملات الشرعية ص ١١٠.

(٢) ويلاحظ أن نظام الشفعة معروف فى بعض القوانين الأجنبية ومنها قوانين البلاد غير الإسلامية ، كالقانون الأسبانى والقانون الألمانى .

نص أو للبحث عن حكم حيث لا نص ولا عرف عدم التقيد بمذهب معين (١).

وقد أخذت محكمة النقض بهذا الرأى قبل العمل بالتقنين المدنى الجديد ، وبعد العمل به .

إذ قضت قبل العمل بالتقنين الجديد بأن :

١- (أ) " إن القانون المصرى قد خلا من النص على حكم خيار العيب وخيار الشرط وخيار التعيين وخيار الاسترداد الوراثى وخيار المدين دفع ثمن الدين المبيع لمشتريه . وكذلك قد خلا قانون الشفعة من النص على حكم خيار الشفيع هل ينتقل للورثة أو لاينتقل . والصحيح فى هذه الخيارات أنها جميعا تنتقل قانونا إلى ورثة من له الخيار ، لأنها حقوق مالية يجرى فيها التوارث مجراه فى المال.

٢- " إن الشريعة الإسلامية لاتعتبر من القانون الواجب على المحاكم النظامية تطبيقه إلا فى خاصة العلاقات المدنية التى نشأت قبل إنشاء المحاكم الأهلية وفيما أحاله القانون عليها كالميراث والحكر وفى مسائل الأحوال الشخصية التى تعرض لها ولاتجد منها

---

(١) الدكتور منصور مصطفى منصور حق الملكية فى القانون المدنى المصرى ١٩٦٥ ص ٣٠٥ - عبد المنعم الصده ص ٣٩٨ ومابعدها - عبد المنعم البدراوى ص ٣٣٣ ومابعدها .

ما يستدعى التقرير بوقف الدعوى حتى تفصل فى هذه المسائل المحاكم الشرعية المختصة بصفة أصلية . أما ما أخذه الشارع من أحكام الشريعة وطبعه بطابعه وأدمجه فى القوانين ، كأحكام المريض مرض الموت وأحكام الشفعة وحقوق الزوجات فى القانون التجارى ، فإنه يكون قانونا بذاته تطبقه المحاكم النظامية وتفسره غير متقيدة فيه بأراء أئمة الفقه الإسلامى . وعلى ذلك فكون الشريعة الإسلامية هى مصدر تشريع الشفعة لايوجب التقيد بآراء أئمتها عند البحث فى هل ينتقل حق الشفعة بالإرث أم لاينتقل ".

(طعن رقم ١٦ لسنة ١٥ ق جلسة ١٩٤٦/١/٢٤)

ولايغض من ذلك أن الشريعة الإسلامية – فى مذهب أبي حنيفة – لاتجيز انتقال خيار الشفعة إلى وارث الشفيع " .

(ب)– " إن من عدا أبا حنيفة من الأئمة وجمهور الفقهاء قد ذهبوا فى انتقال الخيارات إلى الورثة انتقال الأموال والحقوق المذهب الذى انتحاه القانون المصرى فيما جرى عليه من توريث الأموال والحقوق المتعلقة بالأموال والحقوق المجردة والمنافع والخيارات والمؤملات والدعاوى وآجال الديون . فمن مات وعليه دين مؤجل فلا يحل بموته أجل الدين لأنه حق استفاده المدين حال حياته فينتقل بعد موته إلى ورثته ميراثا عنه . والمنافع المملوكة للشخص إذا مات قبل استيفائها يخلفه ورثته فيما بقى منها ، فلا

تنفسخ الإجارة بموت المستأجر أو المؤجر فى أثناء مدتها . ومن أعطيت له أرض ليحييها بالزراعة أو العمارة ثم مات قبل مضى ثلاث سنين ولم يكن قد باشر فيها عمل الإحياء حل وارثه محله فى اختصاصه وأولويته بإحيائها . وإذا مات الدائن المرتهن انتقل حقه فى الرهن إلى ورثته وانتقل معه حقه فى حبس العين المرهونة حتى يوفى الدين وكل هذا كما هو صحيح فى القانون صحيح عند الأئمة الثلاثة وجمهور الفقهاء ، وغير صحيح عند أبى حنيفة " .

(طعن رقم ٩٥ لسنة ٨ ق جلسة ١٩٣٩/٦/٨)

٥ـ تعريف الشفعة لغة :

الشفعة فى اللغة مأخوذة من الشفع وهو الضم والزيادة . وهى ضد الوتر. يقال شفعت الشيء شفعا من باب نفع ، ضممته إلى الفرد مضار شفعا ، وشفعت الركعة جعلتها ثنتين . ومن هنا اشتقت الشفعة، لأن صاحبها يشفعه ماله بها فيضم إليه مالا غيره ويزيده. ومنه قوله تعالى " من يشفع شفاعة حسنة يكون له نصيب منها" أى من يزد عمله فيضم عملا إلى عمل ، وللشفعة استعمالان : أحدهما أن تطلق على المال المشفوع أى المأخوذ، وثانيهما أن تطلق ويراد

بها التملك لذلك المال . قال صاحب الصحاح ، ولايعرف لهذا المعنى فعل ، والشفيع صاحب الشفعة ، وجمعه شفعاء [١].

والأصل فى تسميتها هو أن الرجل فى الجاهلية كان إذا اشترى حائطا أو منزلا أو شقصا من حائط أو منزل أتاه المجاور أو الشريك فشفع له فى أن يوليه إياه ليتصل له الملك أو يندفع عنه الضرر حتى يشفعه فيه فتسمى ذلك شفعة.

٦ـ تعريف الشفعة فى الشرع :

الشفعة فى الشرع هى تملك البقعة المشتراه جبرا على المشترى مما قام عليه . أى بالثمن الذى اشترى به . وقيل هى ضم بقعة مشتراه إلى عقار الشفيع بسبب الشركة أو الجوار ، وهذا أحسن[٢].

وقد عرفتها المادة ٩٥ من مرشد الحيران بقولها هى : " الشفعة هى تملك العقار المبيع كله أو بعضه ولو جبرا على المشترى بما قام عليه من الثمن والمؤن " .

---

(١) الأستاذ على الخفيف أحكام المعاملات الشرعية الطبعة الثالثة ص ١٠٩ هامش (١) – المبسوط جزء ١٤ ص ٩٠.

(٢) شرح الكنز الجزء الأول ص ١٨٥.

والمؤن هى المصروفات كأتعاب السمسار أو نفقات تحرير البيع أو رسوم التسجيل .

٧- تعريف الشفعة فى القانون :

عرفت المادة ٩٣٥ مدنى الشفعة بأنها رخصة تجيز فى بيع العقار الحلول محل المشترى فى الأحوال وبالشروط المنصوص عليها فى المواد التالية .

فالشفعة تعتبر إذن مصدرا من مصادر الحقوق العينية العقارية. ولذلك فهى تصلح سببا لاكتساب الملكية والانتفاع والحكر ، أما الارتفاق حيث أنه لايتصور بيعه مستقلا عن العقار المرتفق لذلك فإن الشفعة لاتصلح سببا لاكتسابه مستقلا ، وإنما تؤدى إلى انتقاله مع العقار المحمل به .

وقد طعن أمام المحكمة العليا فى الدعوى رقم ٣ لسنة ١ قضائية "دستورية" بعدم دستورية الحالة الثانية من الفقرة (هـ) من **المادة ٩٣٦ من القانون المدنى التى تعطى الحق فى أخذ العقار بالشفعة للجار إذا كان للأرض المبيعة حق ارتفاق على أرض الجار، أو كان حق الارتفاق لأرض الجار على الأرض المبيعة استنادا إلى أن نظام الشفعة إذ يخول الشفيع دون سواه حق شراء الأرض المبيعة إلى غيره بطريقة مشروعة يؤدى إلى الاحتكار**

والاستغلال عن طريق جمع الأراضى الزراعية مما يتعارض مع النظام الاشتراكى الذى جعل منه الدستور فى مادتيه : الأولى والتاسعة أساسا للنظام الاقتصادى فى الدولة كما يهدد مبدأ تكافؤ الفرص الذى كفلته الدولة لجميع المصريين فى المادة الثامنة من الدستور من ثم تكون نصوص القانون المدنى التى تنظم الشفعة مخالفة للدستور .

وقد قضت المحكمة بجلسة ١٩٧١/٣/٦ برفض الدعوى[١]، استنادا إلى ما ذهبت إليه فى أسبابها من دستورية نظام الشفعة . ومن ثم تكون النصوص المنظمة للشفعة فى التقنين المدنى دستورية.

---

(١) وننشر الحكم بأسبابه كاملة فيما يلى :

بسم الله الرحمن الرحيم

اسـم الأمـة

المحكمـة العليا

بالجلسة العلنية المنعقدة يوم السبت ٦ مارس ١٩٧١ – الموافق ٩ مـن المحرم ١٣٩١ .

المؤلفة برياسة السيد المستشار بدوى إبراهيم حمودة (رئيس المحكمة)

وحضور السادة المستشارين محمد عبد الوهاب خليل نائب رئيس المحكمة وعمر حافظ شريف وحسين قاسم وحسين زكى وأحمد طوسون حسين ومحمد بهجت عتيبة . (أعضاء)

وحضور السيد المستشار عادل عزيز زخارى نائب رئيس المحكمة ورئيس هيئة مفوضى الدولة . (أمين السر)

وحضور السيد / سيد عبد الباري إبراهيم

أصدرت الحكم الآتى

فى الدعوى المقيدة بجدول المحكمة برقم ٣ لسنة ١ قضائية "دستورية".

المرفوعة من :

أسامة محمد النعناعى .

ضــد

١- محمد السيد العجمى .

٢- يوسف ايفان أوموف.

٣- السيد / رئيس الوزراء .

الوقائع

أقام محمد السيد العجمى الدعوى رقم ٦٨١ لسنة ١٩٦٦ مدنى أمام محكمة طنطا الابتدائية ضد يوسف ايفان أوموف وأسامة محمد النعناعى يطلب الحكم بأحقيته فى أخذ ثلاثة وعشرين فدانا وسبعة قراريط وثمانية أسهم المبينة بصحيفة الدعوى المبيعة من المدعى عليه الأول إلى المدعى عليه الثانى بالشفعة مقابل مبلغ ٦٦٧٧,٢٢٠ جنيها أو ما يظهر أنه الثمن الحقيقى وملحقاته مع تسليم العين المشفوع فيها إليه واستند فى دعواه إلى أن الأرض المبيعة تجاور أرضه وأن لأرضه حق ارتفاق

بالصرف وحق ارتفاق بالمرور عليها كما أن لـــلأرض المبيعـــة حـــق ارتفاق بالرى على أرضه – وقد دفع المدعى عليه الثانى بسقوط حـــق المدعى فى الأخذ بالشفعة استنادا إلى أنه علم بالبيع وبكافـــة تفاصـــيله عندما عرضت عليه الصفقة لشرائها فرفضها مما يفيد نزوله عن حقـــه فى أخذ الأرض بالشفعة – وفى ٦ من فبرايـــر ســـنة ١٩٦٧ قضـــت المحكمة برفض الدفع بسقوط الحق فى الشـــفعة وقبـــل الفصـــل فـــى الموضوع بندب خبير زراعى من مكتب الخبراء بطنطا لأداء المهمـــة الموضحة بالحكم – وبعد تقديم التقرير قضت المحكمة فى ٢٧ من شهر مايو سنة ١٩٦٨ بأحقية المدعى فى أخذ الأرض المشار إليها بالشـــفعة مقابل مبلغ ٦٦٧٧,٢٢٠ جنيها وملحقاته الرسمية والتسليم .

استأنف أسامة محمد النعناعى المدعى عليه الثانى الحكمين سالفى الذكر أمام محكمة استئناف طنطا ودفع بعدم دستورية نصوص الشفعة الواردة فى القانون المدنى .

وفى ٥ من أبريل سنة ١٩٧٠ قضت محكمة الاستئناف بقبول الاستئنافين شكلا وبوقف سير الخصومة فيهما ريثما تفصل المحكمة العليا فى الدفع بعدم دستورية القانون المدنى الصادر بالقانون رقم ١٣١ ســـنة ١٩٤٨ بالنسبة إلى مواد الشفعة وحددت للمستأنف ميعادا قصاه ستون يوما يبدأ من يوم صدور الحكم لرفع الدعوى فى هذا الخصوص .

وفى ٢٨ من مايو سنة ١٩٧٠ أقام أسامة محمد النعناعى هذه الـــدعوى ضد محمد السيد العجمى ويوسف ايفان أوموف بصحيفة أودعهـــا قلـــم كتاب المحكمة وطلب الحكم بعدم دستورية الحالة الثانية من الفقرة (هـــ)

من المادة ٩٣٦ من القانون المدنى الصادر بالقانون رقم ١٣١ سنة ١٩٤٨ مستندا فى ذلك إلى الأسباب المبينة فى صحيفة الدعوى وفى مذكراته التى أودعها قلم الكتاب .

وقدمت هيئة مفوضى الدولة تقريرا بالرأى القانونى وانتهت فيه إلى أنها ترى الحكم برفض الدعوى .

كما أودعت الحكومة مذكرة طلبت فيها الحكم برفض الدعوى وإلزام رافعها بالمصروفات ومقابل أتعاب المحاماة .

وأودع المدعى عليه الأول مذكرتين طلب فيهما الحكم برفض الدعوى وإلزام المدعى بالمصروفات ومقابل أتعاب المحاماة وأودعت الحكومة مذكرة تكميلية صممت فيها على طلب رفض الدعوى .

وقد نظرت المحكمة الدعوى بجلستى ١٠ من أكتوبر سنة ١٩٧٠ و ٥ من ديسمبر سنة ١٩٧٠ على النحو المبين بمحضرى الجلستين ثم أرجأت أصدار الحكم إلى جلسة ١٣ من فبراير سنة ١٩٧١ وفى هذه الجلسة قررت المحكمة مد أجل الحكم إلى جلسة اليوم .

المحكمة

بعد الاطلاع على الأوراق وسماع الايضاحات وبعد المداولة .

من حيث إن الدعوى استوفت الأوضاع الشكلية المقررة قانونا .

ومن حيث إن المدعى يطلب الحكم بعدم دستورية الحالة الثانية من الفقرة (هـ) من المادة ٩٣٦ من القانون المدنى الصادر بالقانون رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨ استنادا إلى أن نظام الشفعة إذ يخول الشفيع دون سواه حق شراء الأرض المبيعة إلى غيره بطريقة مشروعة يؤدى إلى الاحتكار

والاستغلال عن طريق جمع الأراضى الزراعية مما يتعارض مع النظام الاشتراكى الذى جعل منه الدستور فى مادتيه : الأولى والتاسعة أساسا للنظام الاقتصادى فى الدولة كما يهدر مبدأ تكافؤ الفرص الذى كفلته الدولة لجميع المصريين فى المادة الثامنة من الدستور ومن ثم تكون نصوص القانون المدنى التى تنظم الشفعة مخالفة للدستور ولا يحصنها نص المادة ١٦٦ منه ، ذلك لأن هذا النص يقصر حصانته على القوانين الصادرة منذ قيام الثورة فى٢٣ من يوليو سنة ١٩٥٢ حتى تاريخ صدور الدستور فى ٢٥ من مارس سنة ١٩٦٤ دون سواها من القوانين السابقة ومنها القانون المدنى يؤيد هذا النظر أن المشرع يحرم الشفعة فى الأرض التى يتصرف فيها ملاكها إعمالا لقانون الإصلاح الزراعى وكذا الارض التى توزع على صغار المزارعين تنفيذا لهذا القانون كما يحرمها فى الأرض التى تبيعها الدولة طبقا لأحكام القانون رقم ١٠٠ سنة ١٩٦٤ بتنظيم تأجير العقارات المملوكة للدولة ملكية خاصة والتصرف فيها .

ومن حيث إن المدعى عليه الأول دفع الدعوى بعدم جواز الطعن بعدم دستورية التشريعات السابقة على صدور الدستور ومن هذه التشريعات النصوص المنظمة لحق الشفعة والواردة فى القانون المدنى الصادر بالقانون رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨ ومبنى هذا الدفع أن المادة ١٦٦ من الدستور تقضى باستمرار نفاذ التشريعات السابقة على صدوره حتى تلغيها أو تعديلها السلطة التشريعية ومن ثم يظل حق الشفعة قائما كوسيلة مشروعة للتملك فى الحدود التى يجيزها القانون .

ومن حيث إن الحكومة طلبت رفض الدعوى استنادا إلى أن الدستور إذ نص فى المادة ١٦٦ منه على استمرار نفاذ التشريعات السابقة على صدوره حتى تلغيها أو تعدلها السلطة التشريعية فإنه يسلم بقيام تعارض بين بعض التشريعات المذكورة وبعض أحكام الدستور ومع ذلك أقر استمرار نفاذها حتى تعدلها أو تلغيها السلطة التشريعية ومن ثم فلا تخضع للطعن بعدم الدستورية أمام المحكمة العليا ثم قالت فى مذكرتها التكميلية : إن ولاية هذه المحكمة لاتتناول تلك التشريعات إلا إذا صدرت مخالفة للأحكام والأوضاع الدستورية النافذة وقت صدورها وعندئذ تجرى عليها رقابتها على أساس هذه الأوضاع وتلك الأحكام- وقد صدرت نصوص القانون المدنى المنظمة لحق الشفعة سليمة غير مشوبة بهذا العيب ، إذا أنها تقرر حقا مشروعا للشفيع لايخالف الدستور .

عن الدفع بعدم جواز الطعن فى دستورية نصوص القانون المدنى المنظمة لحق الشفعة :

من حيث إن **المادة ١٦٦** من الدستور التى يستند إليها المدعى عليه الأول والحكومة فى تأييد هذا الدفع تنص على " أن كل ما قررته القوانين والقرارات والأوامر واللوائح من أحكام قبل صدور هذا الدستور يبقى نافذا ومع ذلك يجوز إلغاؤها أو تعديلها وفقا للقواعد والإجراءات المقررة فى هذا الدستور " وقد تردد هذا النص فى مدلوله ومعناه مع اختلاف يسير فى صيغته فى الدساتير المتعاقبة منذ سنة ١٩٢٣ ومنها الدستور الصادر فى عام ١٩٥٦ الذى تضمن نصين لكل منهما مجال يختلف عن مجال الآخر أولهما نص المادة ١٩٠ وهو مطابق لنص المادة ١٦٦ من

الدستور الذى تقدم ذكره والثانى نص المادة ١٩١ الذى يقضـــى بـــأن "جميع القرارات التى صدرت من مجلس قيادة الثورة وجميع القـــوانين والقرارات التى تتصل بها وصدرت مكملة أو منفذة لها وكذلك كل مـــا صدر من الهيئات التى أمر المجلس المذكور بتشكيلها من قـــرارات أو أحكام وجميع الإجراءات والأعمال والتصرفات التى صدرت من هـــذه الهيئات التى أنشئت بقصد حماية الثورة ونظام الحكم لايجوز الطعن فيها أو المطالبة بإلغائها أو التعويض عنها بأى وجه من الوجوه وأمام أيـــة هيئة كانت ". وظاهر من هذين النصين أن لكل منهما مجالا يختلف عن مجال الآخر وأن المشرع لم يلتزم فى دستور سنة ١٩٥٦ موقفا واحـــدا من التشريعات السابقة على تاريخ العمل به بل غاير بينهما فيما أســـبغه عليه من الحماية فاتخذ بالنسبة إلى بعضها موقفـــا اقتضـــته ضـــرورة تحصين التشريعات والتدابير والإجراءات الثورية الاستثنائية التى اتخذت فى ظروف لاتقاس فيها الأمور بالمقياس العادى وذلك بالنص على عدم جواز الطعن فيها أو المطالبة بإلغائها أو التعويض عنها بأى وجه مـــن الوجوه وأمام أية هيئة كانت – بينما اتخذ بالنسبة إلى سائر التشـــريعات الأخرى أسلوبا آخر ينطوى على حماية أدنى من تلك التى أسبغها على التشريعات الثورية الاستثنائية المتقدم ذكرها وذلك بالنص على بقائهـــا نافذة مع إجازة إلغائها أو تعديلها وفقا للقواعد والإجراءات المقررة فـــى الدستور – وهذه المغايرة التى قصد إليها المشرع عند تحديد موقفه من التشريعات السابقة على الدستور قاطعة فى الدلالة على أنـــه إذ تنـــاول موضوع التشريعات السابقة على الدستور فى نصين مختلفين فى دستور

واحد فإن كلا منهما يقرر حكما يختلف عما يقرره الآخر وأنه إنما يستهدف تحصين التشريعات التى حددها على سبيل الحصر فى المادة ١٩١ منه دون غيرها من التشريعات التى وقف بالنسبة إليها عند حد النص على استمرار نفاذها وذلك تجنبا لحدوث فراغ تشريعى يؤدى إلى الاضطراب والفوضى والإخلال بسير المرافق العامة والعلاقات الاجتماعية إذا سقطت جميع التشريعات المخالفة للدستور فور صدوره- ولو أن المشرع أراد تحصين التشريعات السابقة على الدستور ضد الطعون القضائية لأفصح عن ذلك فى نص واحد عام يتناولها كافة ولم يكن فى حاجة إلى إيراد نص آخر يفيد ذات المعنى فى موضوع واحد . ومن حيث إن المشرع اجتزأ بنقل المادة ١٩٠ من دستور سنة ١٩٥٦ إلى المادة ١٦٦ من دستور سنة ١٩٦٤ ولم ينقل المادة ١٩١ من ذلك الدستور التى استنفدت أغراضها إذ أسبغت على التشريعات الثورية الاستثنائية التى صدرت منذ قيام الثورة حتى عام ١٩٥٦ حصانة نهائية لا مبرر ولامسوغ لتكرار النص عليها - ولاريب فى أنه لايعنى بنص المادة ١٦٦ من دستور سنة ١٩٦٤ غير ما عناه بأصله الوارد فى المادة ١٩٠ من دستور سنة ١٩٥٦ وهو مجرد استمرار نفاذ التشريعات السابقة على الدستور دون تطهيرها مما قد يشوبها من عيوب ودون تحصينها ضد الطعن بعدم الدستورية شأنها فى ذلك شأن التشريعات التى تصدر فى ظل الدستور القائم فليس معقولا أن تكون التشريعات التى صدرت قبل صدور الدستور وعلى الخصوص التشريعات الصادرة قبل قيام الثورة فى ظل نظم سياسية واجتماعية واقتصادية مغايرة فى أسسها

وأصولها ومبادئها للنظم التى استحدثها الدستور- ليس معقولا أن تكون هذه التشريعات بمنأى عن الرقابة التى تخضع لهـا التشـريعات التـى تصدر فى ظل الدستور وفى ظل نظمه وأصوله المستحدثة مع أن رقابة دستوريتها أولى وأوجب .

ومن حيث أن الحكومة تقول فى مذكرتها التكميلية بعد إثارة الدفع بعـدم جواز الطعن على النحو المتقدم ذكـره : إن ولايـة المحكمـة العليـا لاتتناول التشريعات السابقة على الدستور إلا إذا صدرت مخالفة للأحكام والأوضاع الدستورية النافذة عند صـدورها وتكـون رقابتهـا لهـذه التشريعات السابقة على الدستور وهذا القول مردود بأن رقابة دستورية القوانين منذ عرفت فى الدول ذات الدساتير الجامـدة تسـتهدف أصـلا صون الدستور القائم وحمايته من الخروج علـى أحكامـه- ذلـك أن نصوص هذا الدستور تمثل دائما القواعد والأصول التى يقوم عليها نظام الحكم ولها مقام الصدارة بين قواعد النظام العام التى يتعـين التزامهـا ومراعاتها واهدار ما يخالفها من التشريعات باعتبارها أسـمى القواعـد الآمرة .

ومن حيث أنه على مقتضى ما تقدم يكون الدفع بعدم جواز الطعن فـى دستورية الفقرة (هـ) من المادة ٩٣٦ من القانون المدنى غير قائم على أساس سليم من القانون ومن ثم يتعين رفضه .

عن الموضوع :

من حيث إن المدعى يطلب الحكم بعدم دستورية الحالة الثانية من الفقرة (هـ) من المادة ٩٣٦ من القانون المدنى التى تقضى بثبوت الحق فـى

الشفعة للجار المالك إذا كان للأرض المبيعة حق ارتفــاق علــى أرض الجار أو كان حق الارتفاق لأرض الجار على الأرض المبيعة ويقــول بيانا لأوجه مخالفة هذا النص لأحكام الدستور :

أولاً : أن هدف نظام الشفعة هو جمع الأراضى فى يد شخص واحد مما يؤدى إلى الاستغلال ويتعارض مع النظام الاشــتراكى الــذى أرســت أصوله المادتان : الأولى والتاسعة من الدستور وجعلت منه هذه المــادة الأخيرة الأساس الاقتصادى للدولة .

ثانيا: أن نظام الشفعة إذ يخول الشفيع دون سواه حــق شــراء الأرض المبيعة لغيره فإنه يخوله سلطة احتكار هذا الحق ويحرم المشترى ثمرة تعاقد أبرمه بطريقة مشروعة ويهدر بذلك مبدأ تكافؤ الفرص الذى كفلته الدولة فى المادة الثامنة من الدستور لجميع المصريين .

ومن حيث إن الحكومة والمدعى عليه الأول دفعا الدعوى استنادا إلى أن حق الشفعة لا يعارض مع النظام الاشتراكى ولايخل بمبدأ تكافؤ الفرص وأنه مجرد وسيلة مشروعة لكسب الملكية فى الحدود المقررة قانونا، كما أنه يستهدف منع المنازعات وإقرار الوئام بين ملاك يعملون لصــالحهم ولصالح المجتمع .

ومن حيث إنه بالنسبة إلى الوجه الأول من وجهى الطعن المبنى علــى مخالفة الحالة الثانية من الفقرة (هـ) من المادة ٩٣٦ من القانون المدنى لأحكام المادتين : الأولى والتاسعة من الدستور فإن المادة الأولــى مــن الدستور تنص على أنه " الجمهورية العربية المتحدة دولــة ديمقراطيــة اشتراكية " ، كما تنص المادة التاسعة منه على أن " الأساس الاقتصادى

للدولة هو النظام الاشتراكى الذى يحظر أى شكل من أشكال الاستغلال بما يضمن بناء المجتمع الاشتراكى بدعامتيه من الكفاية والعدل "- وفى خصوص تنظيم الملكية الزراعية فى ظل النظام الاشتراكى الذى جعل منه الدستور أساسا اقتصاديا للدولة أرسى الدستور فى المادة السابعة عشرة مبدأ تحديد الملكية الزراعية كأصل من الأصول التى يقوم عليها هذا النظام وأحال إلى القانون فى تعيين الحد الأقصى لهذه الملكية وقد صدرت قوانين الاصلاح الزراعى المتعاقبة التى قيدت الملكية الزراعية بحد أقصى لاتجاوزه وقضت بتوزيع ما يزيد على هذا الحد من الأراضى الزراعية على العاملين فى الزراعة تحقيقا لأهداف المشرع من توسيع قاعدة الملكية الزراعية وتطبيقا للنظام الاشتراكى الذى يقر الملكية الفردية فى مجال الزراعة فى حدود لاتسمح بالإقطاع ولم يعرض المشرع وهو بصدد من هذه التشريعات الاشتراكية لحق الشفعة إلا حيث اقتضى ذلك تحقيق أهداف الإصلاح الزراعى فحظر الشفعة فى التصرفات الناقلة للملكية التى تتناول مالم يستول عليه من الأرض الزراعية الزائدة على الحد الأقصى (المادة ٤ مكررة من المرسوم بقانون رقم ١٧٨ لسنة ١٩٥٢ بالإصلاح الزراعى المضافة بالمرسوم بقانون رقم ٣١١ لسنة ١٩٥٢) كما حظرها فى توزيع الأراضى على صغار المزارعين تنفيذا لقانون الإصلاح الزراعى (الفقرة الأخيرة من المادة ٩ من المرسوم بقانون رقم ١٧٨ لسنة ١٩٥٢ سالف الذكر) وكذلك منع الشفعة فى بيع العقارات المملوكة للدولة ملكية خاصة (الفقرة الأخيرة من المادة ٥٨ من قرار رئيس الجمهورية بالقانون رقم ١٠٠

لسنة ١٩٦٤ بتنظيم تأجير العقارات المملوكة للدولة ملكية خاصة والتصرف فيها) وفيما عدا تلك الحالات الاستثنائية التى ألغى فيها المشرع حق الشفعة تحقيقا لأهداف الإصلاح الزراعى ما زال هذا الحق قائما كسبب مشروع من أسباب كسب الملكية فى الحدود المقررة قانونا .

ومن حيث إن الأصل فى سلطة التشريع فى موضوع تنظيم الحقوق أن تكون سلطة تقديرية ما لم يقيدها الدستور بقيود محدودة ولما كان الدستور لم يعرض لأسباب كسب الملكية ومنها حق الشفعة ولم يقيد سلطة المشرع فى تحديدها وتنظيمها اكتفاء بتعيين حد أقصى للملكية الزراعية يحول دون قيام الإقطاع فمن ثم تكون سلطته فى هذا الصدد سلطة تقديرية فى نطاق الحد الأقصى المشار إليه- ولاريب أن ترجيح نظام الشفعة عند قيام أسبابها ومنها الجوار والاشتراك فى حقوق الارتفاق على مبدأ حرية التصرف استنادا إلى أن الشفعة إذ تجمع بين العقار المشفوع فيه والعقار المشفوع به فى ملكية الشفيع وحده فى نطاق الحد الأقصى للملكية الزراعية فإنها تؤدى إلى تطهير الأرض من هذه الحقوق فضلا عما يترتب عليها من دفع الضرر عن الجار وتجنب مشكلات المشاركة فى حقوق الارتفاق وكافة منازعات الجوار . لاريب فى أن ذلك الترجيح مما يدخل فى حدود سلطة المشرع التقديرية التى لم يقيدها الدستور فى هذا الصدد .

ومن حيث إنه عن الوجه الثانى من أوجه الطعن فإن المدعى ينعى على النص المطعون فيه أنه مخالف للمادة الثامنة من الدستور ويقول فى بيان ذلك أن الشفعة تخل بمبدأ تكافؤ الفرص، لأنها تخول الشفيع وحده دون

سواه رخصة تجعل منه المحتكر الوحيد لشراء الأرض المشفوع فيها - وهذا النعى مردود بأن المساواة التى يوجبها إعمال مبدأ تكافؤ الفرص تتحقق بتوافر شرطى العموم والتجريد فى التشريعات المنظمة للحقوق ولكنها ليست مساواة حسابية ذلك لأن المشرع يملك بسلطته التقديرية لمقتضيات الصالح العام وضع شروط تتحدد بها المراكز القانونية التى يتساوى بها الأفراد أمام القانون بحيث إذا توافرت هذه الشروط فى طائفة من الأفراد وجب إعمال المساواة بينهم لتماثل ظروفهم ومراكزهم القانونية وإذا اختلفت هذه الظروف بأن توافرت الشروط فى البعض دون البعض الآخر انتفى مناط التسوية بينهم وكان لمن توافرت فيهم الشروط دون سواهم أن يمارسوا الحقوق التى كفلها المشرع لهم- والتجاء المشرع إلى هذا الأسلوب فى تحديد شروط موضوعية يقتضيها الصالح العام للتمتع بالحقوق - لايخل بشرطى العموم والتجريد فى القاعدة القانونية، ذلك لأن المشرع إنما يخاطب الكافة من خلال هذه الشروط .

ومن حيث أن شأن حق الشفعة كشأن غيره من الحقوق فى هذا الصدد ذلك لأن استعماله منوط بتوافر أسباب حددها المشرع على سبيل الحصر تنظيما لموضوع كسب الملكية عن طريق الشفعة بحيث إذا توافر سبب من أسبابها فى فرد من الأفراد أصبح فى مركز قانونى يخوله رخصة الشفعة فى العقار ولايقاس به غيره ممن لم يتوافر فيه سبب من هذه الأسباب ، إذ يكون فى مركز قانونى مغاير - ولم يتعد المشرع فى تنظيم موضوع كسب الملكية بسبب الشفعة على الوجه المتقدم جانب

المساواة أمام القانون ولم يخالف مبدأ تكافؤ الفرص الذى أقره الدستور فى المادة الثامنة .

ومن حيث إنه يخلص من كل ما تقدم أن الدعوى لاتقوم على أساس سليم من القانون ومن ثم يتعين رفضها مع إلزام المدعى بالمصروفات ومقابل أتعاب المحاماة ومصادرة الكفالة .

فلهذه الأسباب

حكمت المحكمة برفض الدفع بعدم جواز الطعن بعدم دستورية الحالة الثانية من الفقرة (هـ) من المادة ٩٣٦ من القانون المدنى وفى الموضوع برفض الدعوى وبمصادرة الكفالة . وألزمت المدعى بالمصروفات وبمبلغ أربعين جنيها مقابل أتعاب المحاماة للحكومة والمدعى عليه الأول مناصفة بينهما .

أمين السر **رئيس المحكمة العليا**

وقد قضت محكمة النقض بأن :

"إذاكانت المحكمة العليا قد انتهت فى حكمها الصادر بتاريخ ١٩٧١/٣/٦ فى الدعوى رقم ٣ سنة ١ ق إلى رفض الطعن بعدم دستورية نظام الشفعة تأسيسا على أن حق الشفعة ليس فيه خروج على مبدأ المساواة أمام القانون ولايخالف مبدأ تكافؤ الفرص الذى أقره الدستور فإن النعي بعدم الدستورية يكون غير سديد " .

(طعن رقم ٦١ لسنة ٤١ ق جلسة ١٩٧٩/٣/٥)

٨ ـ ورود الشفعة على العقار دون المنقول :

تعرف المادة ٩٣٥ مدنى الشفعة بقولها : " الشفعة رخصة تجيز فى **بيع العقار** الحلول محل المشترى .... الخ ".

وواضح من هذا النص أن الشفعة لاتكون إلا فى العقار ، أما المنقول فيرد عليه حق الاسترداد دون حق الشفعة ، وقد رأينا عند دراسة الشيوع أن المادة ٨٣٣ مدنى نصت على الاسترداد فى المنقول .

فالمنقول لاتجب فيه الشفعة ، ذلك أن الشفعة شرعت لدفع ضرر الشركة أو الجوار على الدوام . والجوار متخلف فى المنقول ، وإنما الذى يتصور فيه هو الشركة . غير أن القانون لم يثبت الشفعة لدفع ضرر الشركة وإنما أثبت الحق فى الاسترداد ، والذى يترتب فى المنقول الشائع إذا باع أحد الشركاء حصته الشائعة فى هذا المنقول لأجنبى بطريق الممارسة .

ولذلك لاتثبت الشفعة فى السفينة على خلاف ما رآه المالكية ، كما لاتثبت فى **بيع الثمار** على أشجارها استقلالا ، حيث تعتبر فى هذه الحالة من المنقولات بحسب المآل فيجرى عليها حكم المنقول لا العقار ، وكذلك الشأن فى بيع بناء للهدم أو غراس للقلع.

والبناء يعد عقارا بطبيعته ، وبيعه على استقلال يعد بيعا لعقار لا لمنقول ، ولذلك يجوز للشريك المشتاع وللجار الملاصق للبناء المبيع أخذه بالشفعة وذلك على خلاف ما رآه الأحناف .

كما تثبت الشفعة بين ملاك الطبقات [١].

والشفعة لاتجوز فى بيع العقار بالتخصيص استقلالا عن العقار الأصلى . ولكنه إذا بيع مع العقار الأصلى ، فإن الشفعة تشمله باعتباره من ملحقاته .

والحق العينى الذى يقع على عقار يعتبر مالا عقاريا . ومن ثم تجوز الشفعة فى بيع أى حق عينى عقارى أصلى مما يجوز بيعه استقلالا ، كحق الانتفاع وملكية الرقبة وحق الحكر [٢].

التكييف القانونى للشفعة :

٩- (أ) قبل العمل بالقانون المدنى الجديد :

انقسم الرأى فى التكييف القانونى للشفعة قبل العمل بالقانون المدنى الجديد .

فذهب رأى إلى أن الشفعة حق عينى، استنادا إلى أنها تخول الشفيع حقا مباشرا يسرى بالنسبة إلى الكافة ، وأن هذا الحق ينصب على عقار . ومادام هدف دعوى الشفعة هو اكتساب ملكية عقار، فالحق المترتب على هذه الدعوى لايمكن أن يختلف عنها فى طبيعته فهو بذلك حق عينى ، فطالما أن الوسيلة تؤدى إلى اكتساب

---

(١) السنهورى ص ٦٣٣ ومابعدها – الدكتور رمضان أبو السعود الـوجيز فى الحقوق العينية الأصلية ٢٠٠١ ص ٢٦٢ .

(٢) نبيل سعد ص ٢٦٢ .

حق عينى ، فيجب أن يخلع عليها نفس الوصف لعدم جواز فصل بين الوسيلة إلى الحق والحق ذاته .

وقد قصد أنصار هذا الرأى أن يرتبوا على ذلك نتائج من أهمها أن تكون دعوى الشفعة من اختصاص المحكمة الكائن فى دائرتها العقار المشفوع به . وهم لم يكونوا فى حاجة إلى هذا القول للوصول إلى هذه النتيجة ، إذ كان يمكنهم القول إن الشفعة تكسب الشفيع ملكية العقار المشفوع فيه ، فهو عندما يقيم دعوى الشفعة يطالب بحق عينى عقارى ، فيثبت لمحكمة العقار الاختصاص بنظر الدعوى [(١)].

غير أنه يترتب على هذا الرأى نتيجة هامة هو انتقال حق الشفعة إلى ورثة الشفيع بمجرد ثبوته له.

وذهب رأى آخر إلى أن الشفعة حق شخصى استنادا إلى أن الشفعة بحسب قواعد الشريعة الإسلامية إنما تقررت لاعتبارات شخصية تتعلق بالشفيع وقت حصول البيع ، فهى حق يثبت لشخص معين بالنظر إلى ظروفه الخاصة . والشارع الإسلامى لم يقرر حق

---

(١) محمد كامل مرسى ص ٢٧- استئناف مختلط ١١ مايو ١٨٩٢ – استئناف أهلى ٧ نوفمبر ١٨٩٥ – استئناف مختلط أول مارس ١٩٢١- وقد ناصر هذا الرأى فى اللجنة الثانية لتنقيح القانون المدنى الأساتذة : بسار وصليب سامى وأيدهما رئيس اللجنة .

الشفعة ناظرا إلى العقار نفسه وإنما إلى اعتبارات شخصية تتعلق بالشفيع ، فحق الشفعة إذن طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية التى استمد منها هو حق شخصى . هذا فضلا عن أن العقار المشفوع لاينتقل إلى ملك الشفيع إلا بعد تسجيل الحكم ، فحتى يتم التسجيل وما يرتبه من آثار يبقى حق الشفعة حقا شخصيا [١].

ويترتب على هذا الرأى انقضاء الشفعة بموت الشفيع حتى لو طرأت الوفاة أثناء السير فى دعوى الشفعة.

وتوسط فريق ثالث بين الرأين السابقين ، فذهب إلى أن الشفعة ليست حقا عينيا بحتا ولاحقا شخصيا بحتا ، بل إنها حق ذو صفة مختلطة لكونه حقا ينصب على عقار من جهة ، ولكونه من جهة أخرى لايمنح للشفيع إلا بناء على اعتبارات شخصية خاصة به [٢].

١٠- (ب) بعد العمل بالقانون المدنى الجديد :

تنص المادة ٩٣٥ مدنى على أن : " الشفعة رخصة تجيز فى بيع العقار الحلول محل المشترى ... الخ " .

---

(١) استئناف مختلط ٢٦ أبريل ١٩٠٠- استئناف مختلط ٢١ ديسمبر ١٩٢٦، وناصر هذا الرأى فى اللجنة الثانيـة لتنقـيح القـانون ١٩٠٦/١٢/٢٠ المدنى الأساتذة فان أكروجراهام ومصطفى الشوربجى .

(٢) عبد السلام ذهنى فى الأموال ص ٦٥٢ – وناصر هذا الرأى فى اللجنة الثانية لتنقيح القانون المدنى الأساتذة : دوفيه وعبد الفتاح السيد .

وجاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

١- "عرفت الشفعة بأنها رخصة لا " حق" لأنها ليست بحق بل هى سبب من أسباب كسب الملكية ، فلا معنى للبحث فيما إذا كانت الشفعة حقاً عينيا أو حقا شخصيا وقد حذف المشروع من التعريف الذى أقرته اللجنة العبارة التى تذكرأن الشفعة سبب لكسب الحقوق العقارية . فإن هذا مفهوم من وضع الشفعة بين أسباب كسب الحقوق العينية . وإذا أريد بهذه العبارة كما تقول المذكرة الإيضاحية للجنة ، أن تبقى الشفعة دائرة بين العينية والشخصية ، كان هذا سببا أدعى لحذفها ".

وعلى ذلك فقد اعتبر القانون الشفعة رخصة ، وليست حقا عينيا، ولاحقا شخصيا ، بل هى مصدر من مصادر الحقوق العينية، حيث تعتبر سببا لكسب الملكية والانتفاع والحكر [١].

والرخصة أدنى من الحق وأكثر من الحرية . فهى رخصة فى التملك بالشفعة تعنى جريان سبب يقتضى المطالبة بالتمليك [٢]. لأن الرخصة هى الخيار المفتوح لشخص معين والذى بمقتضاه يسمح له القانون بأن يعدل من مركزه القانونى وفقا لمصلحته وفى حدود هذه

---

(١) عبد المنعم الصده ص ٣٩٨- محمد على عرفـه ص ٣٨٧- الـدكتور رمضان أبو السعود الحقوق العينية الأصلية طبعة ٢٠٠١ ص ٢٥٥.

(٢) رمضان أبو السعود ص ٢٥٥ .

المصلحة ، فهى نوع من إمكانية الاختيار مستمد من القانون لكى يسمح لشخص معين بأن يغير مركزه القانونى ، فالرخصة لا تطابق كل حالة يكون فيها خيار بين أمرين فلا بد وأن يكون الخيار مصدره القانون ، وأن تكون ممارسته بقصد إنشاء أو تعديل مركز قانونى (١).

---

(١) الدكتور نعمان محمد جمعه دروس فى المدخل للعلوم القانونية طبعة ١٩٧٧ص٣١٢ ومابعدها- ويذهب الدكتور السنهورى إلى القول ص٥٩٠بأن:

"والشفعة باعتبارها سببا لكسب الحقوق العينية هى ، كما قدمنا واقعة مركبة (complexe) اقترن فيها الشيوع أو الجوار أو الصلة المادية الأخرى القائمة بين العقار المشفوع فيه والعقار المشفوع به وهذه واقعة مادية ، ببيع العقار المشفوع فيه وهذه بالنسبة إلى الشفيع واقعة مادية أخرى ، بإعلان الشفيع إرادته فى الأخذ بالشفعة وهذا تصرف قانونى صادر من جانب واحد . فهذه الوقائع المتسلسلة المركبة الغلبة فيها للواقعة المادية لا للتصرف القانونى ، ومن ثم يمكن إدخال الشفعة فى نطاق الواقعة المادية .

وإذا سرنا فى هذا التكييف خطوة أبعد ، قلنا إن هناك مراكز قانونية إذا تهيأت أسبابها لشخص استطاع أن يكسب الحق بإرادته المنفردة . فمن وجه إليه الإيجاب تهيأ له مركز قانوني بتوجيه الإيجاب إليه ، إرادة منفردة – قد تعاقد مع الموجب ، فكسب بالعقد حقا شخصيا .

انتقال الشفعة بالإرث :

١١ـ أولاً : رأى فقهاء الشريعة الإسلامية :

اختلف فقهاء الشريعة الغراء فى أثر موت الشفيع على حقه فى الشفعة .

فذهب الأحناف إلى سقوط الشفعة بموت الشفيع قبل تملكه العقار المشفوع به بالتراضى أو بحكم القاضى ، سواء كان موته قبل طلب الشفعة أو بعده ، ولاينتقل حقه فيها إلى ورثته . لأن الشفعة ليست مالا ، ولكنها إرادة ومشيئة، والوارث لايرث مورثه فى رغباته لأنها صفات شخصية .

وذهب الشافعى ومالك إلى انتقال حق الشفعة إلى الوارث ، الذى يحل محل مورثه فيه ، لأنه حق متعلق بالمال ، وقد ثبت للشفيع بسبب العقار الذى يملكه ، فإذا انتقل العقار إلى الوارث انتقل إليه بحقوقه .

وذهب أحمد بن حنبل مذهبا وسطا : يورث حق الشفعة إذا ما تقرر بالمطالبة به ، فإذا توفى الشفيع قبل المطالبة بالشفعة ، سقط

فمن وجه إليه الإيجاب تهيأ له مركز قانونى بتوجيه الإيجاب إليه . فاستطاع بإرادته المنفردة ، وهى قبول هذا الإيجاب ، أن يكسب الحق.... الخ ".

الحق فيها ، أما إذا توفى بعد المطالبة بالشفعة ، ثبت حقه فيها وانتقل إلى وارثه ، لأن الشفيع ، فى أرجح الآراء عند الحنابلة، يتملك العقار المشفوع فيه بطلبه ، دون حاجة إلى رضاء أو قضاء، فإذا توفى الشفيع بعد طلب الشفعة ، فقد توفى وهو مالك للعقار المشفوع فيه ، فيورث عنه لأنه عين مالية مملوكة [١].

١٢ـ ثانيا : رأى فقهاء القانون قبل العمل بالتقنين المدنى الجديد :

انتقل الخلاف الموجود بالفقه الإسلامى إلى فقهاء القانون قبل العمل بالتقنين المدنى الجديد .

فذهب رأى إلى أن الشفعة بطبيعتها حق شخصى وتبطل بموت الشفيع قبل تملكه العقار المشفوع بالرضاء أو القضاء . ولاتنتقل إلى ورثة الشفيع [٢].

---

(١) الأستاذ على الخفيف ص ١٢٩ ومابعدها .

(٢) الأستاذ أحمد فتحى زغلول شرح القانون المدنى سنة ١٩١٣ ص٨٩- أسيوط الابتدائية استئنافى ٧ نوفمبر ١٨٩٩- دمنهور الجزئية ١٦ يونية ١٩٠٦- الزقازيق الابتدائية ٢٤ ديسمبر ١٩٠٨ - الاسكندرية الابتدائية ١٣نوفمبر ١٩٢٦ .

وقد استند هذا الرأى إلى ما يأتى :

١- أن الشفعة من أوضاع الشريعة الإسلامية ومن مبتكراتها، وقد اختار الشارع المصرى العمل بها ، ودمجها ضمن أحكام قانونه المدنى ، ولذا وجب الرجوع إلى تلك الشريعة فى كل أمر يتعلق بطبيعة هذا الحق وحدوده ، إذا لم يوجد عليه نص فى القانون المدنى .

والشفعة شرعا هى تملك العين المشتراه جبرا عن المشترى مقابل دفع الثمن والمصاريف ، ومن شرائطها ملك الشفيع وقت الشراء فى العين التى يأخذ بها الشفعة فينتج من هذا التعريف ومن هذا الشرط أنه إذا مات الشفيع بطل حقه فى الشفعة ولا ينتقل إلى ورثته وذلك من وجهين : أما الوجه الأول فلأن الثابت للشفيع هو مجرد حق التملك لاحق الملك ، فله الخيار بين الأخذ والترك، فكان حقه عرضا والحقوق العرضية لايصح التعاوض عنها بمال، وما كان ليس محلا للتعاوض لايكون محلا للتوارث، وينبنى على ذلك أنه إذا باع الشفيع حقه فى الشفعة من المشترى بثمن فلا ينعقد البيع ويعتبر ذلك تنازلا عن الشفعة ويسقط الثمن ، أما الوجه الثانى فهو وجوب بقاء ملك الشفيع للعين التى يشفع بها من وقت الشراء إلى حين القضاء بالشفعة ، فإذا باع الشفيع الدار التى يشفع بها قبل القضاء له بالشفعة فليس للمشترى الذى يحل محله أن يطالب بالشفعة، لأن ملكه جاء بعد البيع الذى انبنى عليه حق الشفعة ، لأن

شرط الشفعة قيام ملك الشفيع وقت الشراء ، وكذلك الوارث فإن ملك الدار التى شفع بها مورثه انتقل إليه حين الوفاة ، فملكه حادث بعد البيع .

٢- أنه قد يمكن الاعترض بما جاء فى المادتين ١٩ ، ٢٢ من قانون الشفعة من أن حق الشفعة يسقط بالتنازل الصريح أو الضمنى أو بعدم إظهار رغبة الشفيع فى الأخذ بالشفعة فى ظرف خمسة عشر يوما من تاريخ علمه وبمضى ستة أشهر من يوم تسجيل عقد البيع، فلا يصح الخروج عن هذه الأحوال الثلاثة فى سقوط حق الشفعة، بما أن القانون بينها على سبيل الحصر. ولكن هذا الاعتراض مردود، لما هو ظاهر من عبارة القانون من أن هذا السقوط مقصود به سقوط الحق قبل إثباته بالطلب للتنازل عنه صراحة أو دلالة أو لإهمال صاحبه فى إظهار رغبة فى المدة المقررة .

وذهب رأى ثان إلى أن حق الشفعة كباقى الحقوق يؤول من صاحبه إلى الوارث الذى يكون فى نصيبه العقار المشفوع به [١].

(١) الدكتور عبد السلام ذهنى بك فى الأموال ١٣٤٤ هـ - ١٩٢٦م ص ٦٥٥ - مصر الابتدائية ١٩ أبريل ١٩٠٢ وقد تأيد الاستئناف فى ١٦ ديسمبر ١٩٠٢ - استئناف ٢ يناير ١٩١٢ .

وقد استند هذا الرأى إلى ما يأتى :

١- أنه وإن يكن أصل الشفعة موجودا فى الشريعة الغراء فإن القانون الأهلى لم يأخذها بكامل أحكامها الشرعية ، بل خالف تلك الأحكام في أكثر المسائل ، وسكت عن مسألة انتقال حق الشفعة بالإرث، وبما أن القانون لم يذكر أية عبارة تجيز الرجوع إلى أحكام الشريعة فيما سكت عنه من مسائل الشفعة فلا بد من الرجوع إلى ما قرر هو الرجوع إليه عند عدم وجود نص فيه ، وهو المبادئ العامة المقررة فى القانون أو مبادئ العدل والإنصاف ، وبما أن مبادئ القانون تقضى بحلول الورثة محل مورثهم (المادة ١٩٩ مرافعات) ، خصوصا إذا كان المورث طالب بالشفعة قبل وفاته ولم يحكم له بهذا الحق فى حياته لمنازعة المشترى له فى ذلك، فالورثة لهم الحق فى أن يحلوا محله ويستفيدون من كل حقوقه.

٢- أنه بالرجوع إلى ما قرره علماء الشريعة الإسلامية فى هذه الحالة نجد أن المسألة خلافيه بينهم . فقد قرر الشافعى والإمام مالك فى مذهبيهما أنه لايبطل الحق فى الشفعة بموت الشفيع ، بل تورث عنه ويقوم ورثته مقامه . وجاء فى مذهب الحنفية تفصيل : فإذا مات الشفيع بعد طلبى المواثبة والإشهاد وقبل أن يقدم طلب الخصومة فلا يورث عنه حق الشفعة ، وليس لورثته أن يقوموا

مقامه فيها ، وأما إذا مات بعد طلب الخصومة فقد سكتوا عن هذه الحالة . ولكن روح التشريع وحكمة التقسيم الذى قال به علماء الحنفية ، ومن عدم تقريرهم حكم المنع والحرمان فى هذه الحالة، يحمل على الاعتقاد بأنه إذا مات الشفيع بعد طلب الخصومة وقبل قضاء القاضى حق الشفعة إلى ورثته .

وقد أخذت دوائر محكمة الاستئناف مجتمعة بالرأى الأول فى حكمها الصادر فى ٣ مايو سنة ١٩٣٠ وقضت بأن حق الشفعة لاينتقل إلى الوارث بوفاة الشفيع قبل التملك بالتراضى أو بقضاء القاضى .

١٣ ـ ثالثا : قضاء محكمة النقض قبل العمل بالتقنين المدنى الجديد :

أخذت محكمة النقض بالرأى القائل بأن الحق فى الشفعة ينتقل بالميراث ، وخالف بذلك الحكم الصادر من دوائر محكمة الاستئناف مجتمعة . بتاريخ ٣ مايو سنة ١٩٣٠ .

وقد أسست قضاءها على أن الخيارات جميعا تنتقل قانونا إلى ورثة من له الخيار ، لأنها حقوق مالية يجرى فيها التوارث مجراه فى المال .

إذ ذهبت إلى أن :

١- " إن القانون المصرى قد خلا من النص على حكم خيار العيب وخيار الشرط وخيار التعيين وخيار الاسترداد الوراثى وخيار المدين دفع ثمن الدين المبيع لمشتريه . وكذلك قد خلا قانون الشفعة من النص على حكم خيار الشفيع هل ينتقل للورثة أولا ينتقل. والصحيح فى هذه الخيارات أنها جميعا تنتقل قانونا إلى ورثة من له الخيار ، لأنها حقوق مالية يجرى فيها التوارث مجراه فى المال. ولا يغض من ذلك أن الشريعة الإسلامية – فى مذهب أبى حنيفة – لاتجيز انتقال خيار الشفعة إلى وارث الشفيع " .

(طعن رقم ٩٥ لسنة ٨ ق جلسة ١٩٣٩/٦/٨)

٢- " إن كون الشىء مالا فينتقل من الشخص إلى ورثته أو ليس مالا فلا ينتقل هو بحث فى مسألة عينية من صميم المعاملات.

وإذا كانت المادة ٥٤ من القانون المدنى قد أحالت فى تعرف أحكام المواريث على قانون الأحوال الشخصية للمتوفى فإن المراد بهذه الإحالة هو أن تطبق أحكام القانون المحال عليه فى مسائل الإرث ، ككون الإنسان وارثا أو غير وارث ، وكونه يستقل بالإرث أو يشاركه فيه غيره ، إلى غير ذلك مما يقوم عليه حق الإرث ذاته . أما الأشياء التى هى موضوع هذا الحق فالحكم فى ثبوت ماليتها أو نفيها لايكون إلا تبعا لأحكام القانون الوضعى الذى هو وحده المرجع فى كل ما يدخل فى دائرة المعاملات والأموال.

والمال فى عرف القانون هو كل شىء متقوم نافع للإنسان يصح أن يستأثر به وحده دون غيره . وكما يكون المال شيئا ماديا كالأعيان التى تقع تحت الحواس يكون شيئا معنويا كالحقوق التى لاتدرك إلا بالتصور . والاستشفاع حق من هذه الحقوق توافرت فيه عناصر المالية: وهى النفع والتقوم وقابلية الاستئثار ، فوجب اعتباره مالا يورث ، لاحقا متصلا بشخص الشفيع " .

(طعن رقم ١٦ لسنة ١٥ ق جلسة ١٩٤٦/١/٣١)

٣- " وحيث إن هذا السبب مردود بأنه وإن كانت أحكام الشريعة الإسلامية فى رأى فقهاء الحنفية تقضى بعدم توارث الشفعة إلا أن هذه الأحكام لاتعتبر من القانون الواجب على المحاكم تطبيقه فى العلاقات المدنية إلا فيما أحاله القانون إليها ، أما ما استمده الشارع من أحكام الشريعة فى القوانين ، كما هو الحال فى الشفعة ، فإنه أصبح جزءا من القانون المدنى يخضع لأحكامه دون أحكام الشريعة الإسلامية .

والفصل فى تعرف الحقوق المالية هو من صميم القانون المدنى، وما الاستشفاع إلا حق من هذه الحقوق التى توافرت فيها العناصر المالية من نفع وتقوم وقابلية للاستئثار مما يعتبر معه مالا ويصح توارثه على ما جرى به قضاء هذه المحكمة ، ولما كان مورثا المطعون عليهما الأولين قد أعلنا رغبتهما فى الشفعة ورفعا الدعوى

بها وقد توافرت لهما شرائطها وانتقل حقهما فى الشفعة بالإرث إلى المطعون عليهما فإن الحكم فيما قضى به لهما على هذا الأساس لا يكون قد خالف القانون ولا أخطأ فى تطبيقه " .

(طعن رقم ٣١١ لسنة ٢٣ ق جلسة ١٩٥٧/٣/٧)

١٤ـ رابعاً : حكم التقنين المدنى الجديد :

كانت الفقرة الثانية من المادة (١٣٨٢) من المشروع التمهيدى للتقنين المدنى المقابل للمادة (٩٣٥) تنص على أن : " والحق فى الشفعة لاينتقل بالحوالة . وإنما ينتقل بالميراث وهو حق لايتجزأ فى استعماله " .

وجاء بالمذكرة الإيضاحية للقانون : " إن اللجنة جعلت الحق فى الشفعة ينتقل بالميراث ، خلافا لما ذهبت إليه محكمة الاستئناف فى دوائرها المجتمعة ، ويأخذ بهذا الرأى بعض فقهاء الشريعة الإسلامية ، ومن بينهم الشافعى ومحمد وهو الرأى الذى يتفق مع المبادئ العامة للقانون ، فإن الشفعة أساس لدعوى من الدعاوى المالية ، وهذه الدعاوى تنتقل بالميراث "[١].

وفى لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ قام نقاش حول توريث حق الشفعة وتجزئته من عدمه . وكان من رأى بعض حضرات

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٦ ص ٣٤٩ ومابعدها .

الأعضاء توريثه ومن رأى البعض الآخر عدم توريثه لأنه حق شخصى حتى أن الدائنين لايمكنهم استعماله نيابة عن مدينهم وقد استقر القضاء على أن الشفعة ليست حقا وإنما هى خيار ورخصة لايجوز انتقالها إلى الغير من الدائنين أو الورثة ، وقد استقر أى اللجنة على حذف الفقرة الثانية من المادة الخاصة بهذا الموضوع "لأن اللجنة استحسنت أن يظل أمر الحكم فيما تضمنت موكولا إلى عدل القضاء " (١).

وقد قضت محكمة النقض – كما قضت فى ظل التقنين القديم– بأن حق الشفعة حق مالى يجرى عليه التوارث :

فذهب إلى أن :

١–." من المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن حق الشفعة من الحقوق التى يجرى فيها التوارث ، وهو حق غير قابل للتجزئة، يثبت لكل وارث إذا انفرد به ، ولهم جميعا إذا اجتمعوا عليه " .

(طعن رقم ٩٠٣ لسنة ٥٠ ق جلسة ١٩٨١/٢/٢٤) (٢)

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٦ ص ٣٥٦ ومابعدها .

(٢) أما الفقه قد انقسم الرأى فيه أيضا فى ظل التقنين المدنى الجديد إلى آراء ثلاثة هى :

الرأى الأول :

يؤيد ما ذهبت إليه محكمة النقض فى ظل التقنين المدنى القديم والجديد (عبد المنعم الصده ص ٤٩٨ - منصور مصطفى منصور ص ٣٥٧- المستشار عزت حنوره نظرية الشفعة فى القانون المصرى ١٩٨٧ ص٢٩ - محمد على عمران ص ١٠٦) .

ويقول الدكتور عبد المنعم الصده : "نحن نقر ما ذهبت إليه محكمة النقض من أن حق الشفيع فى الأخذ بالشفعة لايسقط بموته ، وإنما ينتقل إلى ورثته . ونعتقد أن هذا الانتقال يتحقق حتى لو مات الشفيع قبل إعلان الرغبة فى الأخذ بالشفعة وقبل رفع الدعوى . ذلك أن الشفعة ولو أنها رخصة تتعلق بمشيئة الشفيع ، إلا أنها بحكم طبيعتها تلازم العقار المشفوع به ، فتنتقل معه إلى الوارث ، حيث أنها تثبت للشفيع تبعا للعقار المشفوع به . فهى رخصة لها ناحيتها المالية وترتبط ارتباطا وثيقا بشخص الشفيع .

وليس من المقبول فى نظرنا أن يعترض على هذا الرأى بأن الشفيع إذا مات سقطت عنه ملكية العقار المشفوع به قبل تمام الأخذ بالشفعة ، وأن الوارث لايستطيع الأخذ بالشفعة لأنه لم يكن مالكا لهذا العقار وقت البيع. إذ أن المسألة تتعلق بانتقال خيار الشفعة من الشفيع إلى وارثه . ومن المعروف أن الوارث تنتقل إليه الحقوق والخيارات التى كانت لمورثه. فهى تثبت له بالحالة التى كانت عليها بالنسبة إلى مورثه ، ومن ثم يكون له أن يباشرها فى الحدود المقررة بالنسبة إلى المورث . فإذا مات الشفيع قبل أن يتخذ إجراء من الإجراءات المقررة للأخذ بالشفعة كان للوارث أن يتخذ هذا الإجراء مادام أن المدة المحددة لم تكن قد انتهت

بعد، وإذا كان الشفيع قد رفع الدعوى قبل موته كان للوارث أن يستمر في هذه الدعوى حتى يتم له الأخذ بالشفعة . والوارث في كل هذا شأنه شأن مورثه الشفيع " .

الرأى الثانى :

يذهب إلى أن الشفعة لاتورث قبل المطالبة بها ، أما إذا تمت هذه المطالبة وتوفى الشفيع فإن حقه فى الأخذ بالشفعة ينتقل إلى ورثته .

ويستند هذا الرأى إلى ما يأتى :

١- أن المشرع فى المادة ٩٣٥ من القانون المدنى الجديد يعرف الشفعة بأنها رخصة . والرخصة هى أكثر من الحرية ودون الحق ، فهى مجرد رغبة ومشيئة ، وبالتالى فلا يجوز القول بتوارث الرخص إذا ما ظلت فى مرحلة الاختيار وهى فى هذه المرحلة ليست بحق أو بمال . ولذلك فإن التركة المنتقلة الشفيع إلى ورثته لاتشملها .

ولكن متى تجاوزت الرخصة حد الاختيار والإرادة ، وانتقلت إلى مرحلة الحسم ، فعندئذ تتأكد وتنقلب إلى حق ، وهى لن تصل إلى هذه المرحلة الحاسمة إلا إذا طالب الشفيع بالشفعة ، ومتى تحقق ذلك اعتبر صاحب حق ، ويمكن بالتالى أن ينتقل هذا الحق إلى ورثته . وهذاما يتفق مع مذهب الحنفية فى تعريفهم للشفعة ، كما يتفق مع مذهب الحنابلة القائل بسقوط الشفعة إذا مات الشفيع قبل الطلب بها .

٢- أن من شروط الشفعة أن يكون الشفيع مالكا للعقار المشفوع به وقت البيع المشفوع فيه ، وأن تستمر ملكيته إلى حين الحكم له بالشفعة . ووارث الشفيع - إذا لم يكن الأخير قد طالب بالشفعة قبل وفاته - لم

يكن مالكا للعقار وقت البيع ، كما أنه لايعد خلفا للمورث فى حـق لـم يثبت لهذا الأخير بعد . أما إذا مات الشفيع بعد المطالبة بالشفعة ، فـإن وارثه وإن لم يكن مالكا للعقار المشفوع به وقت البيع ، إلا أنه يعد خلفا للشفيع فى حقه فى الشفعة الذى تأكد بالمطالبة القضائية .

٣- إن القول بعدم توارث الشفعة قبل المطالبة بها ، هو الذى يتفق مـع مذهب المشرع فى التقنين المدنى الجديد فى تضييقه للشفعة والحد منهـا (رمضان أبو السعود الوجيز فى الحقوق العينية الأصلية ٢٠٠١ ص٢٦٦ ومابعدها - محمد على عرفه ص ٥٨٦ ومابعدها) .

الرأى الثالث :

يذهب هذا الرأى إلى أن الشفيع إذا أعلن رغبته فى الأخذ بالشفعة يكون قد تكاملت عنده عناصر سبب كسب ملكية العقار المشفوع فيه ، وحـل بإعلان هذه الرغبة محل المشترى فى الصفقة التى عقدها هذا مع البائع، ولاشك فى أنه إذا مات بعد ذلك ، انتقل حقه هذا ، أى حق ملكية العقار المشفوع فيه إلى ورثته ، وعلى هؤلاء أن يستمروا فى إجراءات الأخذ بالشفعة حتى يحصلوا على حكم بثبوتها أو يحصلوا على رضاء بهـا . أما قبل إبداء الرغبة فى الشفعة فإن الشفعة تكون مجرد رخصة أو هى منزلة وسطى ما بين الرخصة والحق فهى لم تكسب الشفيع بعـد حقـا كاملا فى العقار المشفوع فيه . والذى ينتقل إلى الورثة من مورثهم هى الحقوق الكاملة التى تثبت للمورث ولاينتقل إلـيهم رخصـة أو منزلـة وسطى ما بين الرخصة والحقوق ، فهذه وتلك ليستا بحقوق كاملة حتـى تنتقلا إلى الورثة ، ومن ثم لا يجوز القول من ناحية المبـادئ العامـة

٢- " حق الشفعة – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة- هو من الحقوق التى يجرى فيها التوارث ".

(طعن رقم ١٢١٨ لسنة ٥٣ ق جلسة ١٩٨٧/٤/٢٨)

١٥ ـ عدم جواز حوالة الشفعة :

الشفعة – على ما ذهبت إليه محكمة النقض ورأى فى الفقه- تخول الشفيع القدرة على اكتساب الحق العينى العقارى المشفوع فيه، فهى من ثم حق يتعلق بالمال، ولكن ليس مؤدى أنها حق متعلق بالمال ، أنه يجوز التصرف فيه بالحوالة أو بغيرها، أو استعماله من قبل دائنى الشفيع نيابة عنه بالدعوى غير المباشرة أو الحجز عليه ، وإنما امتناع هذه الأمور لايرجع إلى افتقار حق الشفعة إلى بعض مقومات الحق ، وإنما يرجع ذلك إلى تعارض هذه الممنوعات مع بعض شرائط الشفعة ، وعدم توافر شرائط استعمال الدعوى غير المباشرة .

فالشفعة تثبت للشفيع بسبب معين هو الشركة أو الجوار ولذلك لايجوز منطقا حوالتها منفصلة عن العقار الذى كان سببا لها، فهى تتبع العقار ولاتنفصل عنه ، وتنتقل إلى من انتقلت إليه ملكية العقار

للقانون المدنى أن الشفعة فى هذا الفرض الذى نحن بصدده تنتقل إلـى الورثة (السنهورى جـ٩ ص ٦١٧ ومابعدها) .

المشفوع به [١]. فإذا أراد الشفيع أن ينزل عن حقه فى الأخذ بالشفعة إلى الغير، فإن عليه أن يتصرف فى العقار المشفوع به إلى هذا الغير . ويجب أن يتم ذلك قبل بيع العقار المشفوع فيه وإلا سقط الحق فى الأخذ بالشفعة . وإذ يجب لثبوتها أن يكون الشفيع مالكا للعقار المشفوع به وقت بيع العقار المشفوع فيه [٢].

وقد قضت محكمة النقض بـأن :

"وحيث إن النعى فى محله ، ذلك أنه لما كانت الشفعة قيدا على حرية التعاقد ورخصة لصيقة بشخص الشفيع – ليدفع عن نفسه مضار الجوار أو المشاركة فى عقاره الذى يشفع به– ويقع باطلا تعامله فى هذه الرخصة أو حوالته إياها أو تنازله عنها إلى غيره لزوال العلة منها فى هذه الأحوال التى تأباها طبيعة الشفعة ذاتها ، لما كان ذلك ، وكان الحكم المطعون فيه قد خالف هذا النظر وأقام قضاءه على اعتبار الإقرار موضوع الدعوى صحيحا فيما تضمنه من أنه " إذا حكم للشفيع بالشفعة تكون الأرض المشفوع فيها ملكا للمطعون ضده "، وأن هذا الإقرار لا مخالفة فيه للنظام العام فإنه

---

(١) المستشار عزت حنوره ص ٢٩ ومابعدها – رمضان أبو السعود ص ٢٦٣ – نبيل سعد ص ٣٣١ هامش (١) .

(٢) الدكتور محمد على عمران الحقوق العينية الأصلية ص ١٠٠ .

يكون قد خالف القانون بما يوجب نقضه لهذا السبب دون حاجة لبحث باقى أوجه الطعن " .

(طعن رقم ٢٤٧٤ لسنة ٥٤ ق جلسة ١٩٨٩/١/١٧)

١٦ـ لاتجوز الشفعة إلا فى البيع :

تعرف المادة الشفعة بأنها : " رخصة تجيز **فى بيع العقار** الحلول محل المشترى ... الخ " .

ومفاد هذا أن الشفعة لاتجوز إلا فى البيع ، ولذلك نجد أن المشرع فى كافة نصوص الشفعة يتكلم عن البائع والمشترى على أساس أن الشفعة لاتجوز إلا فى البيع .

وبالترتيب على ذلك لاتجوز الشفعة فيما يلى :

١ - عقود المعاوضة الأخرى كالمقايضة :

لاتجوز الشفعة فى عقود المعاوضة الأخرى كالمقايضة، وإذا كانت المادة ٤٨٥ مدنى تقضى بأن تسرى على المقايضة أحكام البيع ، فإنها تجعل ذلك بالقدر الذى تسمح به طبيعة المقايضة.

ومن الواضح أن طبيعة المقايضة تأبى خضوعها للشفعة على ما نحو ما يحصل بالنسبة للبيع . ذلك أن الشفعة فى البيع لا أثر لها على حق البائع فى اقتضاء الثمن فالبائع يحصل على الثمن سواء

من المشترى أم من الشفيع بينما لو أجيزت الشفعة فى المقايضة فإن صاحب العقار المشفوع فيه لن يحتفظ بالشىء الذى حصل عليه بدلا من هذا العقار ، إذ يتعين أن يرد هذا الشىء إلى صاحبه ، على أن يدفع الشفيع لصاحب العقار المشفوع فيه مبلغا من النقود يعادل قيمة ذلك الشىء (١).

أما إذا كانت المقايضة بمعدل، وكان المعدل كبيرا يفوق بكثير قيمة البدل بحيث يستخلص أن حقيقة المقايضة هى أنها عقد بيع استتر فى صورة مقايضة . فتكون العبرة فى هذه الحالة بالعقد الحقيقى وهو بيع فيجوز الأخذ بالشفعة (٢). وفى هذه الحالة يجب على الشفيع أن يقوم بدفع المعدل وكذلك قيمة العقار .

وهذه القيمة يقدرها ذوو الخبرة عند الاقتضاء .

---

(١) الدكتور اسماعيل غانم مذكرات فى الحقوق العينية الأصلية الجزء الثانى ١٩٥٨ ص ٧٩ – عبد المنعم الصده ص ٤٤٥ – وكان التقنين المدنى الملغى يجيز الشفعة فى المقايضة فكانت المادة ٦/٧٠ منه تنص على أنه: " لايصح الأخذ بالشفعة من الموهوب له ولا ممن تملك بغير المبايعة أو المعاوضة " ، وهو ما كان محل نقد من الفقه ، فلما صدر قانون الشفعة (الملغى) قصر الشفعة على البيع إذ نص فى المادة الخامسة منه على أنه : "لايصح الأخذ بالشفعة من الموهوب له ، ولاممن تملك بغير المبايعة " .

(٢) السنهورى ص ٦٥٤ – اسماعيل غانم ص ٧٩ .

٢- عقد الهبة :

لاتجوز الشفعة فى عقد الهبة ، ولو كانت بعوض ، مادامت هبة حقيقية . فإذا كانت حقيقة الهبة بعوض أنها بيع أخفى تحت ستار الهبة ، وسمى الثمن عوضا ، فالعبرة بحقيقة العقد وبأنه بيع ، فتجوز فيه الشفعة ، ويأخذ الشفيع العقار بالعوض المذكور بالعقد، إلا إذا ثبت أنه دون الثمن الحقيقى المتفق عليه ، وأنه إنما ذكر فى العقد ناقصا عن الثمن الحقيقى لإحكام ستر البيع ، فعندئذ يأخذ الشفيع العقار بالثمن الحقيقى لا بالعوض المذكور فى العقد .

وقد يحصل أن يهب البائع للمشترى الجزء الملاصق لعقار لجار ، كى يقوم هذا الجزء فاصلا بين عقار هذا الأخير والعقار المبيع ، فينتفى التلاصق الواجب توافره للأخذ بالشفعة . وهذا ضرب من التحايل ليس من شأنه أن يحول دون الأخذ بالشفعة حيث يجوز للشفيع أن يثبت بجميع الطرق أن الجزء الموهوب يدخل فى نطاق البيع ، وأن الهبة أريد بها الاحتيال على القانون لحرمانه من طلب الشفعة ، وذلك بأن يقيم الدليل مثلا على أن الثمن المتفق عليه مساو لقيمة العقار بما فى ذلك الجزء الموهوب [١].

---

(١) عبد المنعم الصده ص ٤٤٥ .

٣- الوفاء بمقابل :

لاتجوز الشفعة فى الوفاء بمقابل . فإذا كان الدين ملبغا من النقود ، وقبل الدائن فى استيفاء حقه عقارا بدلا من هذا المبلغ، فإن الشفعة لا تجوز فى هذا العقار . ذلك أن هذا لاينطوى على بيع ، وإنما ينطوى على تجديد بتغيير محل الدين بعقبه فى الحال وفاء بالالتزام الجديد . فهو عملية مركبة تجمع بين التجديد والوفاء .

وإذا كانت المادة ٣٥١ مدنى تقضى بأن تسرى على الوفاء بمقابل أحكام البيع ، فإنها تجعل ذلك خاصا بنقل ملكية الشىء الذى أعطى فى مقابل الدين (١).

٤- عقد الشركة :

لاتجوز الشفعة فى عقد الشركة ، إذا كان أحد الشركاء قدم حصته فى الشركة عقارا ، فالعقد فى هذه الحالة وإن كان من عقود المعاوضة إلا أنه لايصدق عليه وصف البيع ، إذ لايتضمن ثمنا نقديا فضلا عن أن الشركة إنما تعاقدت مع الشريك على هذا العقار بالذات ، وقد لاترضى بقيمته بديلا عنه إذ قد يخل ذلك بأغراضها من تملك العقار (٢).

---

(١) محمد كامل مرسى ص ٣٢٩- عبد المنعم الصده ص ٤٤٥ ومابعدها .

(٢) السنهورى ص ٦٥٥ – محمد كامل مرسى ص ٣٥٠- اسماعيل غـــانم ص ٧٩ – عبد المنعم الصده ص ٤٤٦ .

وإذا اندمجت شركة فى أخرى ، فإذا كان هذا الاندماج عن طريق بيع الشركة الأولى أموالها للشركة الأخرى وكان فى هذه الأموال عقارات جاز أخذها بالشفعة. وإذا كان الاندماج عن طريق بيع الشركة الأولى أسهمها للشركة الأخرى ، كان البيع واقعا على أسهم ، وهى منقولة ، فلا شفعة [١].

٥- العقود الكاشفة :

لاتجوز القسمة فى العقود الكاشفة للملكية مثل عقد القسمة وعقد الصلح ولو كانت القسمة والصلح تما بمقابل نقدى[٢].

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" متى كان كل من المتعاقدين قد ترك جزءا من حقوقه على وجه التقابل قطعا للنزاع الحاصل بينهما فهذا العقد صلح طبقا لنص المادة ٥٣٢ من القانون المدنى . ولايصح اعتباره بيعا لكونه تضمن نقل ملكية أحد المتعاقدين إلى الآخر بثمن معين ، مادامت هذه الملكية لم تكن بعد مستقرة لتاركها بل كانت محل نزاع ، والمبلغ المسمى لم يكن مقابلا لنقل الملكية المتنازع عليها بل كان مقابلا لحسم النزاع ، مما تنعدم به مقومات البيع وتظهر مقومات الصلح.

---

(١) محمد كامل مرسى ص ٣٥١- استئناف مختلط ٣١ مايو ١٨٩٩ المشار إليه بهامشه .

(٢) اسماعيل غانم ص ٧٩ – عبد المنعم الصده ص ٤٤٦ .

والصلح لاتجوز فيه الشفعة ولا الاسترداد . ذلك أن الصلح الواقع فى ملكية مقابل دفع مبلغ معين من النقود ليس ناقلا للملكية بل مقررا لها ، والمبلغ المدفوع صلحا لايمثل قيمة العقار وإنما يمثل ما قد يكون للطرفين من حظ فى كسب أو خسارة دعوى الملكية . ثم إنه بطبيعته يقتضى ترك كل طرف شيئا من حقه، ولايجوز أن ينتفع الأجنبى بفائدة مقررة لمنفعة المتصالح ، كما أنه يستلزم من قبل طرفيه واجبات شخصية لايمكن أن يحل فيها أجنبى عن العقد ، مثل طالب الشفعة أو الاسترداد . هذا فضلا عن أن نصوص القانون فى الشفعة والاسترداد صريحة فى أن كلا الحقين لايردان إلا على حالة البيع " .

(طعن رقم ٧٢ لسنة ١٦ ق جلسة ١٩٤٧/١١/٢٧)

٦ - حالة انتقال الملكية بغير تصرف قانونى :

إذا انتقلت الملكية إلى البائع بغير تصرف قانونى ، كالميراث والالتصاق والتقادم ، فلا تجوز الشفعة ، لأنه لم يحصل بيع .

١٧ ـ جواز الشفعة فى البيع غير المسجل :

لايشترط للأخذ بالشفعة أن يكون البيع مسجلا أو حتى ثابت التاريخ . فحق الشفعة يتولد عن عقد البيع ولو لم يكن مسجلا [١].

والمقرر أن البيع الذى يسمى عادة بالبيع الابتدائى هو بيع تام بات ، يلتزم فيه البائع بنقل الملكية وضمان التعرض والاستحقاق والعيوب الخفية ، ويلتزم فيه المشترى بدفع الثمن وملحقاته.

ووصف العقد بأنه ابتدائى وصف لايرد على العقد فى ذات أحكامه ، وإنما يرد على الهيئة أو الصورة التى تبدأ صياغته من أن تجىء عليها ، لتتغير فيما بعد لتصير فى شكلها النهائى . فالعقد الابتدائى والعقد النهائى فى مجال البيع لا يعدوان أن يكونا مسميين لعقد واحد هو عقد البيع مجردا عن النعت والتخصيص [٢].

والغالب أن الذى يدعو إلى إبرام العقد الابتدائى قبل إبرام العقد النهائى هو أن تسجيل البيع يقتضى إجراءات تستغرق مدة طويلة ، ويريد كل من الطرفين أن يقيد الآخر بعقد ابتدائى إلى أن تتم الإجراءات اللازمة للتسجيل فيبرما العقد النهائى . فالبيع الابتدائى إذن هو بيع تام ملزم للطرفين [٣].

---

(١) السنهورى ص ٦٥٩ – عبد المنعم الصده ص ٤٥٧ ومابعدها– نبيل سعد ص ٣٧٧ .

(٢) نبيل سعد ص ٣٧٧ .

(٣) السنهورى ص ٦٥٩ ومابعدها .

ومن ثم يثبت الحق فى الشفعة من تاريخ إبرام العقد الابتدائى .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " من المقرر أن ملكية الشفيع للعقار الذى يشفع به يجب أن تكون ثابتة وقت بيع العقار الذى يشفع فيه ، وأن الشفعة جائزة فى العقار المبيع ولو كان عقد البيع لم يسجل . فإن حق الشفعة ينشأ من يوم البيع لايمكن تعليقه على حصول تسجيل العقد أو القول بتولده من يوم التسجيل فقط " .

(طعن رقم ١٢٠ لسنة ١٤ ق جلسة ١٩٤٥/٢/٢٢)

٢- " لما كان عقد البيع الابتدائى يتولد عنه بمجرد تمامه حق الشفعة لكل من قام به سبب من أسبابها فإنه لايكون واجبا على الشفيع اختصام بائع البائع ولو اشترك الأول فى التوقيع على العقد النهائى لتسهيل إجراءات التسجيل " .

(طعن رقم ٤١٨ لسنة ٢١ ق جلسة ١٩٥٥/١/٢٧)

٣- " من المقرر أنه لايشترط قانونا فى البيع الذى تجوز فيه الشفعة أن يكون بعقد مسجل أو ثابت التاريخ - لما كان ذلك وكان الثابت بالأوراق أن عقد البيع الصادر من الطاعن- المشترى الأول للعقار المشفوع فيه - إلى المطعون ضده الأخير- المشترى الثانى- قد تم بتاريخ .... أى قبل تاريخ إعلان الرغبة الموجه من الشفيع- المطعون ضده الأول- إلى الطاعن والبائعين له - والذى تم تسجيله

فى .... وكان الطاعن قد دفع بعدم قبول الدعوى لرفعها على غير ذى صفة وأدخل المطعون ضده الأخير المشترى منه فى الدعوى . كما تمسك المدخل أيضا بالدفع بعدم قبول الدعوى لعدم توجيه طلب الشفعة إلى البيع الثانى الصادر إليه من المشترى الأول فى ... والسابق على تاريخ إعلان الشفيع رغبته بالأخذ بالشفعة الموجه إلى المشترى الأول والبائعين له فى .... وعلى تاريخ تسجيله فى ... وكان الشفيع المطعون ضده الأول وإن ذهب ردا على ذلك الدفع أمام محكمة الدرجة الأولى إلى العزوف صراحة عن الطعن على البيع الثانى بالصورية بمقولة إنه لاحاجة لذلك - وهو ما سجله عليه الحكم الابتدائى وقضى على أساسه برفض دعواه إلا أنه عاد أمام المحكمة الاستئنافية إلى التمسك بأن العقد المذكور غير ثابت التاريخ ومن ثم فلا يحتج به عليه باعتباره من الغير ، هذا إلى أنه عقد صورى صورية مطلقة دون حاجة إلى طلب تحقيق ذلك اكتفاء بما أورده من أنه من صورة واحدة وغير موقع عليه من أى شاهد وأنه مقدم من البائع ، لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد ذهب فى رده على هذا الدفع إلى القول بأنه يشترط لتطبيق نص المادة ٩٣٨ من القانون المدنى أن يكون البيع للمشترى الثانى ثابتا ثبوتا قاطعا على نحو ما توجبه المادة ١٥ من قانون الإثبات قبل تسجيل إعلان الرغبة فى الأخذ بالشفعة وأن كلا من الطاعن

والمطعون ضده الأخير لم يوردا أى دفاع أو طلبات بشأن عدم ثبوت تاريخ العقد المذكور مما يقتضى الالتفات عنه لانتفاء الدليل على أنه سابق على تسجيل إنذار الشفعة الحاصل فى ... لما كان ما تقدم وكان هذا الذى ذهب وانتهى إليه الحكم يخالف صحيح القانون الذى لايشترط فى البيع الذى تجوز فيه الشفعة أن يكون بعقد مسجل أو ثابت التاريخ وأوجب على الشفيع فى هذه الحالة أن يوجه طلب الأخذ بالشفعة إلى البيع الثانى متى كان سابقا لإعلان الرغبة أو تسجيله فإنه يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون " .

(طعن رقم ٨٦٤ لسنة ٥١ ق جلسة ١٩٨٥/٢/١٢)

١٨ ـ عقود البيع التى يوقع عليها بعض البائعين دون الباقين :

إذا كان عقد البيع قد حرر باعتباره صادرا من عدة شركاء عن جميع العقار موضوع العقد ، وامتنع بعض الشركاء عن توقيعه بينما وقعه البعض الآخر. فإن هذا العقد يتحلل إلى عقد بيع بات ملزم لمن وقعه من الشركاء دون حاجة إلى بحث أثر التعهد – إذا ورد فيه – بتوقيع الغير فيما بين المتعاقدين [1].

---

(١) محمد على عرفه ص ٤٥٢ .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

" إذا كان عقد البيع قد حرر باعتباره صادرا ـ ، الورثة عن جميع المنزل موضوع العقد ، وكان بعض الور يوقعه فإن من أمضى منهم العقد يصبح مرتبطا قبل المشترى حصته التى يملكها، وللمشترى أن يطالبه دائما بنفاذ البيع فى حصـ ـلايجوز له أن يتحلل من هذا الارتباط بناء على امتناع باقٍ شركاء عن التوقيع. وإقرار البائعين فى العقد بتضامنهم فى نفاذ بيع وصحته ليس معناه أن الواحد منهم يبيع أكثر من حصته ، لا أن انعقاد البيع فيها لايتم إلا إذا باع باقى الشركاء حصصهم بل معناه أن الواحد منهم ضامن صحة البيع ونفاذه فى حصته تـ فى حصص الآخرين أيض . وإذن فتكييف المحكمة مثل هذا العد. بأنه مشروع بيع لم يتم مع دلالة ظروف الدعوى وأوراقها على أن طرفيه قد اعتبراه عقد بيع بات ملزم لهما وترتيبها على هذا أنه لاتصح فيه الشفعة ذلك منها يكون خطأ " .

(طعن رقم ٥٥ لسنة ١٤ ق جلسة ١٩٤٥/٣/١)

١٩ ـ العقد الصورى :

تنص الفقرة الأولى من المادة ٢٤٤ من القانون المدنى على أنه: " إذا أبرم عقد صورى فلدائنى المتعاقدين وللخلف الخاص ، متى كانوا حسنى النية، أن يتمسكوا بالعقد الصورى، كما أن لهم أن

يتمسكوا بالعقد المستتر ويثبوا بجميع الوسائل صورية العقد الذى أضر بهم " .

ويذهب رأى فى الفقه تسانده محكمة النقض إلى أن هذا النص يعطى للغير عامة ومنه طالب الشفعة الحق فى التمسك بعقد البيع الظاهر (الصورى) ، دون العقد المستتر (الحقيقى) طالما أنه كان حسن النية أى لايعلم بالعقد المستتر .

ومثال ذلك أن يحرر الطرفان عقد بيع صريح ، ثم يحرران ورقة ضد يقران فيها بأن حقيقة العقد المذكور أنه عقد آخر كرهن مثلا ، وذلك لمنع الشفعة فيه . فإن الشفيع وهو من الغير بالنسبة إلى المتعاقدين ، يكون له التمسك بالعقد الظاهر ويؤسس عليه طلب الأخذ بالشفعة وأنه لايقبل من المتعاقدين إحباط الشفعة بالاحتجاج فى مواجهة الشفيع بالعقد المستتر طالما أنه لم يثبت علمه به [1].

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

١- " إنه من المقرر قانونا أن ورقة الضد لايحتج بها إلا فيما بين العاقدين وأن للغير أن يتمسك بالعقد الظاهر . وذلك سواء أكانت ورقة الضد ثابتة التاريخ أم غير ثابتة مادامت هى لم تسجل.

---

(١) محمد على عرفه ص ٤٤٤ – اسماعيل غانم ص ٨٠- وعكس ذلك السنهورى ص ٦٥٦ – عبد المنعم الصده ص ٤٥٤ – فيريان أن الشفيع لايعتبر من الغير فى الصوية .

فمتى كان العقد صريحا فى أنه بيع لا رهن فلايجوز قانونا التمسك قبل طالب الشفعة - وهو من طبقة الغير بالنسبة إلى ذلك العقد - بأنه رهن لا بيع بناء على إقرار من البائع بذلك مقول إنه صار ثابت التاريخ بوفاة بعض الشهود الموقعين عليه ".

(طعن رقم ٢٧ لسنة ١٤ ق جلسة ١٩٤٤/١١/٢٣)

٢- " إذا كان الثابت أن هناك عقدا ظاهرا يقول طالب الشفعة إنه هو الذى علم به وحده وبنى عليه طلبه الأخذ بالشفعة وهو العقد النهائى المسجل ، وآخر يقول إنه كان مستترا عنه وقت الطلب ، وهو العقد الابتدائى الذى قدمه المشترى أثناء سير الدعوى واعتمده الحكم ، وكان العاقدان مختلفين فى بيان ثمن الصفقة إذ هو فى العقد الابتدائى أكثر منه فى العقد المسجل ، والشفيع يتمسك بما جاء من الثمن فى العقد الأخير حتى ولو كان صوريا ، فإنه إذ كان الشفيع ، بحكم أنه صاحب حق فى أخذ العقار بالشفعة ، من طبقة الغير بالنسبة إلى ورقة الضد المحررة بين البائع والمشترى ، وإذ كانت ورقة الضد لايحتج بها إلا بين المتعاقدين وخلفهم العام أما غيرهم من ذوى الحقوق الذين لم يعلموا بها وقت أن نشأت حقوقهم فلهم أن يتمسكوا بالعقد الظاهر ، سواء أكانت ورقة الضد ثابتة التاريخ أم غير ثابتة مادامت لم تسجل ، كان الاحتجاج على الشفيع بعقد البيع الابتدائى الذى هو ورقة ضد العقد المسجل غير جائز قانونا . وإذ

خالف الحكم هذه القاعدة دون أن يذكر شيئا عن علم الشفيع أو عدم علمه بحقيقة الثمن حين طلب الشفعة فإنه يكون متعينا نقضه " .

(طعن رقم ١٣٢ لسنة ١٧ ق جلسة ١٤/٤/١٩٤٩)

٣- " إن الشفيع بحكم أنه صاحب حق فى أخذ العقار بالشفعة هو – على ما جرى به قضاء محكمة النقض – من طبقة الغير بالنسبة إلى الطرفين المتعاقدين البائع والمشترى . فله أن يتمسك بالعقد الظاهر دون العقد المستتر ومن ثم لايجوز أن يحاج بالعقد المستور إلا إذا كان هذا العقد مسجلا أو كان هو عالما بصورية العقد الظاهر أو بوجود ورقة ضد وإذن فمتى كان الحكم المطعون فيه قد خالف مقتضى هذه القاعدة وقضى بعدم جواز أخذ العقارات المبيعة بالشفعة تأسيسا على أن عقد البيع ليس فى حقيقته إلا عقدا ساترا لهبة فلا تجوز فيه الشفعة ، وكان هذا الخطأ قد صرف المحكمة عن بحث ما دفع به المطعون عليهما دعوى الطاعنين من أن حقهما فى الشفعة قد سقط لمضى المدة القانونية من تاريخ العلم بالبيع ، لما كان ذلك ، كان الحكم متعين النقض " .

(طعنان رقما ١٧٢ ، ١٧٩ لسنة ٢٠ ق جلسة ١٥/٥/١٩٥٢)

٤- " الشفيع – على ما جرى به قضاء هذه المحكمة بحكم أنه صاحب حق فى أخذ العقار بالشفعة يعتبر من طبقة الغير بالنسبة لطرفى عقد البيع سبب الشفعة ومن ثم لايحتج عليه إلا بالعقد

الظاهر . وإذن فمتى كان الحكم المطعون فيه إذ قضى للمطعون عليها الأولى بالشفعة مقابل الثمن الوارد بالعقد المسجل الصادر من الشركة البائعة إلى الطاعنين قد نفى بأدلة مسوغة علم المطعون عليها الأولى بأن الثمن الحقيقى يختلف عن الثمن الوارد بالعقد ، فإن النعي عليه بمخالفة القانون على غير أساس " .

(طعن رقم ٣٢٢ لسنة ٢٠ ق جلسة ١٩٥٣/١/٢٩)

٥- " استقر قضاء هذه المحكمة على أن الشفيع بحكم أنه صاحب حق فى أخذ العقار بالشفعة يعتبر من طبقة الغير بالنسبة لطرفى عقد البيع سبب الشفعة ، فلا يحتج عليه بغير العقد الظاهر. وإذن فمتى كانت الأطيان المشفوع فيها مملوكة لمصلحة الأملاك الأميرية وأن لمالكيها الأصليين حق استردادها بحكم القانون فى خلال فترة معينة ثم تنازلا عن هذا الحق إلى المشترى الذى تعاقد مع مصلحة الأملاك ولم يشر فى هذا العقد إلا لإقرارى تنازل صاحبى حق الاسترداد ولم يرد فيه ذكر للعقد الذى سبق إبرامه بين المتنازلين وبين المشترى والذى يتضمن أن مصلحة الأملاك تحرر عقدا لأحد المتنازلين وهذا يحرر بدوره عقدا للمشترى ، وكان هذا المشترى لم يتمسك فى دفاعه فى أية مرحلة من مراحل التقاضى بأن الشفيع كان يعلم بالعقد المستتر حتى كان يصح الاحتجاج عليه بما ورد فيه ، فإن النعى على الحكم بأنه فسخ نصوص العقد

المستتر، أو أنه لم يلتزم نصوصه أو أخطأ فى تكييفه ، أو أنه لم يبت فى صوريته ، كل هذا النعى يكون غير منتج الشفيع لايمكن أن يحاج به مادام البيع الذى صدر من مصلحة الأملاك بوصفها بائعة إلى المشترى هو الذى تقام على أساسه دعوى الشفعة " .

(طعنان رقما ١٤٦ ، ١٤٧ لسنة٢١ ق جلسة ١٩٥٤/٣/٢٥)

٦- "لئن كان الشفيع - بحكم كونه صاحب حق فى أخذ العقار بالشفعة- يعتبر من طبقة الغير بالنسبة لطرفى عقد البيع سبب الشفعة وبالتالى يحق له أن يتمسك بالعقد الظاهر فلا يحتج عليه بالعقد المستتر ، إلا أن شرط ذلك أن يكون حسن النية بمعنى ألا يكون عالما بصورية العقد الظاهر وقت إظهار رغبته فى الأخذ بالشفعة فإذا انتفى عنه حسن النية بأن ثبت علمه بالعقد الحقيقى المستتر جاز للمتعاقدين الاحتجاج عليه بهذا العقد ".

(طعن رقم ٢٤٤ لسنة ٣١ ق جلسة ١٩٦٥/١٢/٣٠)

٧- " الشفيع بحكم كونه صاحب حق فى أخذ العقار بالشفعة يعتبر من طبقة الغير بالنسبة لطرفى عقد البيع سبب الشفعة وبالتالى يحق له أن يتمسك بالعقد الظاهر فلا يحتج عليه بالعقد المستتر، إلا أن شرط ذلك أن يكون حسن النية ، أى ألا يكون عالما بصورية العقد الظاهر وقت إظهار رغبته فى الأخذ بالشفعة " .

(طعن رقم ١٠٣ لسنة ٤٨ ق جلسة ١٩٧٩/١٢/١٣)

٨- " المقرر فى قضاء النقض أن الشفيع بحكم أنه صاحب حق فى أخذ العقار بالشفعة من طبقة الغير بالنسبة إلى الطرفين المتعاقدين- البائع والمشترى- فله أن يتمسك بالعقد الظاهر دون العقد المستتر ، وله أن يتمسك بأن العقد الظاهر يتضمن واقعة صورية كتقديم تاريخه إلا أنه يقع عليه إثبات ذلك بكافة طرق الإثبات على أساس أن هذه الواقعة تعد بمثابة واقعة مادية بالنسبة له".

(طعن رقم ١٣٢٦ لسنة ٤٩ ق جلسة ١٩٨٣/٥/٢٩)

٩- " من المقرر – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة- أن للشفيع باعتباره من الغير الأخذ بالعقد الظاهر حتى ولو كان فى حقيقته عقدا صوريا بين عاقديه دون اعتداد قبله بالعقد الحقيقى المستتر إلا أن يكون سيىء النية أى يعلم بصورية العقد الظاهر وحقيقة العقد المستتر، وعلى من يدعى سوء نية الشفيع إثبات ذلك ، فإن عبء الإثبات يقع فى هذه الحالة على عاتق المشفوع ضده بحيث إذا أفلح فى ذلك اعتد قبل الشفيع بالعقد المستتر أما إذا أخفق ظلت الحجية للعقد الظاهر " .

(طعن رقم ١٤٥٠ لسنة ٥٠ ق جلسة ١٩٨٥/١/١٥)

١٠- الشفيع يعتبر من الغير بالنسبة لطرفى البيع المشفوع فيه بحيث لايحاج بما ورد فيه ، ويجوز له إثبات ما يخالفه بكافة طرق

الإثبات القانونية ، إلا أنه يجوز للشفيع مع هذا أن يتمسك إذا شاء قبل طرفى البيع بما ورد فيه ، ولايكون لهما فى هذه الحالة أن يحتجا قبله بصوريته أو أن يتمسكا قبله بعقد آخر خلاف ذلك إلا إذا أثبت أنه كان سيء النية بأن كان يعلم بحقيقة العقد المستتر وبصورية العقد الظاهر المشفوع فيه " .

(طعن رقم ١٧١٧ لسنة ٥٢ ق جلسة ١٩٨٥/٦/٢٥)

٢٠ ـ وجوب أن يظل البيع قائما حتى تتم الشفعة :

يجب للأخذ بالشفعة أن يستمر بيع العقار قائما من الناحية القانونية إلى أن تتم الشفعة . فالنتيجة النهائية فى الشفعة هى حلول الشفيع محل المشترى فى عقد البيع المشفوع فيه ، وهذا يستلزم عقلا ومنطقا بقاء العقد الذى يجب أن يتم فيه هذا الحلول .

وعلى ضوء هذا نعرض لحكم بعض البيوع فى البند التالى .

٢١ ـ حكم بعض البيوع :

١- البيع المعلق على شرط :

تنص المادة ٢٦٥ من القانون المدنى على أنه : " يكون الالتزام معلقا على شرط إذا كان وجوده أو زواله مترتبا على أمر مستقل غير محقق الوقوع " .

ومن هذا النص يتضح أن الغاية من وصف العقد بالشرط هى إما تعليق نشوء الالتزام أو تعليق انقضائه والملاحظ أن البيع فى الحالتين يكون موجودا وإن كان وجوده على خطر الزوال . وعلى ذلك يجوز الأخذ بالشفعة فى البيع المعلق على شرط واقف أو معلق على شرط فاسخ لأن البيع فى الحالتين يكون موجودا وإن كان وجوده على خطر الزوال . ومن ثم يثبت الحق فى الأخذ بالشفعة فيهما من تاريخ انعقادهما . فإذا تم الأخذ بالشفعة رضاء أو قضاء ، حل الشفيع محل البائع ، فإذا تخلف الشرط الفاسخ صار البيع باتا ، وإذا تحقق زال البيع بأثر رجعي .

وإذا تحقق الشرط الواقف نفذ البيع بأثر رجعى ، ونفذت معه الشفعة .

ومن ثم فإنه يجب على الشفيع أن يراعى مواعيد الشفعة، وتسرى من وقت إبرام العقد ، فإذا أخذ بالشفعة فى مواعيدها ، حل محل المشترى فى البيع . أما إذا فوت الشفيع مواعيد الشفعة محسوبة من وقت حصول البيع سقط حقه فى الشفعة[1] .

---

(١) السنهورى ص ٦٦٢ ومابعدها – محمد كامل مرسى ص ٣٤٠- نبيل سعد ص ٣٨٠- وعكس ذلك محمد على عرفه شرح القانون المدنى الجديد الجزء الثانى أسباب كسب الملكية ١٩٥٥ ص ٤٥١- الأستاذ أحمد فتحى زغلول شرح القانون المدنى ١٩١٣ ص ٨٣ – ويقول

وقد أخذت بالرأى السابق محكمة النقض فقضت بأنه يجوز أخذ العقار بالشفعة فى البيع المعلق على شرط واقف والبيع المعلق على شرط فاسخ على حد سواء .

وقضت بشأن جواز الأخذ فى الشفعة فى البيع المعلق على شرط واقف بأن :

" إن القانون إذ جعل البيع سببا للشفعة ، وجعل حق الشفيع فى طلبها متولدا من مجرد إتمام انعقاد البيع على العين المشفوعة جاء

الدكتور محمد على عرفه إن الشفعة لاتثبت فى بيع معلق على شرط واقف ، إذ مثل هذا البيع لايكون نافذا ، بصريح نص القانون ، إلا إذا تحقق الشرط .

ولما كانت الشفعة لاتثبت إلا فى البيع الذى يكون من شأنه خروج العقار من ملك البائع خروجا باتا قاطعا ، فإننا لانستطيع أن نتعلل بالأثر الرجعى للشرط للقول بثبوت الشفعة فى مثل هذا البيع من لدن انعقاده لا من وقت تحقق الشرط ، لما فى ذلك من توسع مكروه فى إعمال نظرية الأثر الرجعى التى يجب أن يقتصر أثرها على تحديد علاقة المتعاقدين، دون أن يتأثر بها تكييف العقد وقت انعقاده .

ويرد الدكتور السنهورى على هذا الرأى قائلا : ص٦٦٤ هامش (٢) أنه لوصح أن الشفعة لاتثبت إلا فى البيع الذي يكون من شأنه خروج العقار من ملك البائع خروجا باتا قاطعا ، لوجب عدم جواز الأخذ بالشفعة أيضا فى البيع المعلق على شرط فاسخ ، لأن ملكية العقار فى هذا البيع لاتنتقل إلى المشترى انتقالا باتا قاطعا إذ أن البيع يزول بأثر رجعى بتحقق الشرط الفاسخ .

نصه عاما مطلقا ، لافرق فيه بين بيع خال من الشروط وبيع مقيد بها ولا بين شرط وشرط وإذن فالحكم الذى يقرر أن حق الشفعة لايتولد عن العقد الابتدائى المعلق نفاذه على تصديق المجلس الحسبى وإنما يتولد عن العقد المحرر بعد تصديق المجلس الحسبى على بيع نصيب القصر- هذا الحكم يكون خاطئا فى تقريره هذا . إلا أنه إذا كانت المحكمة مع ذلك قد استخلصت فى حدود سلطتها الموضوعية بأدلة سائغة أوردتها أن الشفيع لم يكتمل علمه بأركان البيع التى أقرها المجلس الحسبى ومنها الثمن الذى لابد من علمه . به ليوازن بين ما إذا كان يقدم على الطلب أو يتخلى عنه إلا فى التاريخ الذى حدده فى صحيفة الدعوى ، فإن ذلك التقرير الخاطئ لايستوجب نقض الحكم لأنه لم يكن له تأثير على سلامة النتيجة التى انتهت إليها المحكمة وهى عدم سقوط حق الشفيع فى الأخذ بالشفعة لأن مدة السقوط المنصوص عليها فى المادة ١٩ من قانون الشفعة لا تبدأ إلا من تاريخ العلم الكامل بأركان البيع وترك الحق لايكون إلا بعد توافر هذا العلم " .

(طعن رقم ١١٤ لسنة ١٩ ق جلسة ١٩٥١/١١/٢٩)

كما قضت بشأن جواز أخذ الشفعة فى البيع المعلق على شرط فاسخ بأن :

"مناط الحكم بوقف الدعوى وفقا للمادتين ١٢٩ من قانون المرافعات، ١/١٦ من القانون ٤٦ لسنة ١٩٧٢ بشأن السلطة القضائية أنْ ترى المحكمة تعليق حكمها فى موضوعها على الفصل فى مسألة أخرى يتوقف عليها الحكم ، وأن تكون هذه المسألة خارجة عن اختصاص المحكمة الوظيفى أو النوعى ، وإذ كانت دعوى الفسخ تدخل فى الاختصاص الولائى للقاضى العادى المختص ولائيا بدعوى الشفعة ولاتخرج عن الاختصاص النوعى لها ، وكانت الشفعة جائزة فى البيع المعلق على الشرط الفاسخ لأن البيع فى هذه الحالة يكون موجودا ونافذا من وقت إبرامه ، وعلى الشفيع أن يراعى مواعيد إجراءات الأخذ بالشفعة فيه ، فإن هو فوتها سقط حقه فى الأخذ بها ، ولاتبدأ مواعيد جديدة بتخلف هذا الشرط ، لما كان ذلك وكان لا إلزام على محكمة الشفعة أن تجيب الطاعنين – البائعين– إلى طلب وقف الدعوى بعد أن رأت فى حدود سلطتها التقديرية أنه لا محل لوقفها حتى يفصل فى دعوى الفسخ تأسيسا على أن الشفعة جائزة فى البيع المعلق على شرط فاسخ طالما ظل البيع قائما ، فإن النعى على الحكم بهذا السبب يكون فى غير محله " .

(طعنان رقما ٢٨١ ، ٩٥٢ لسنة ٤٩ ق جلسة ١٩٨١/٣/١٢)

٢- البيع القابل للإبطال :

البيع الباطل لايؤخذ فيه بالشفعة لأنه غير موجود ، فلا نكون بصدد عقد بيع .

أما البيع القابل للإبطال فيجوز الأخذ فيه بالشفعة ، لأنه بيع قائم بات نافذ ، حتى يقضى بإبطاله ، لأن إبطاله لا يكون إلا بناء على طلب من شرع البطلان لمصلحته ، كما أن لهذا أن يجيز العقد فتصححه الإجازة بأثر رجعى كما قد تسقط الدعوى بإبطاله بالتقادم فتستقر الملكية نهائيا . وبالترتيب على ذلك يجوز الأخذ بالشفعة فى البيع الصادر من القاصر دون إذن المحكمة وفى البيع الذى شابه غلط أو تدليس أو إكراه[1].

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" إذا دفع بأن الشفيع لايملك العين التى يشفع بها لأن العقد الذى يستند إليه فى تملكها لم يصدر من مالكها بل من وكيل عنه كان قد عزله بكتاب مسجل سابق على تاريخ البيع المدعى، وقضت المحكمة- للشفيع بالشفعة بناء على أنه مالك فلا تثريب عليها فى ذلك . إذ حتى لو صح أن العقد كان صادرا من وكيل معزول فإن بطلانه لايكون إلا نسبيا ، ولهذا فالعيب الذى يشوبه لايمنع انتقال الملك

---

(١) محمد على عرفه ص ٤٥٠ – السنهورى ٦٦٨ – محمد كامل مرسى ص ٣٣٤ .

حتى يتقدم من شرع البطلان لمصلحته ويطلب إبطاله ، والمشفوع منه لا شأن له بهذا البطلان " .

(طعن رقم ١١٩ لسنة ١٣ ق جلسة ١٩٤٤/٦/٨)

٢- " بطلان بيع ملك الغير مقرر لصالح المشترى ما لم يستعمله بالفعل بقى عقد البيع قائما ومنتجاً لآثاره تثبت فيه الشفعة ثبوتها فى كل بيع تم مستوفيا لأركانه ولو حمل سببا لبطلانه يحل فيه الشفيع محل المشفوع منه فى جميع حقوقه والتزاماته لايملك تعديله أو تبعيض محله ، ولو تبين أن المبيع كله أو بعضه مملوك للغير مما محله الرجوع على البائع لاتفريق الصفقة . لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد قضى بالأحقية فى الشفعة مقصورة على بعض المبيع ، وحمل قضاءه على ما أنبأ به من أن البائعة لاتملك مما بيع غير مساحة ... وأن البيع فيما خلا ذلك قد وقع على ما يملكه الغير مما هو غير جائز إلا بإجازته ، ولم يجزه فلا تجوز الشفعة فيه فإنه يكون قد خالف القانون وأخطأ فى تطبيقه " .

(طعن رقم ٦٩١ لسنة ٤٧ ق جلسة ١٩٧٩/١/١٠)

٣- البيع المقترن بعربون :

إذا كان البيع المشفوع فيه مقترنا بعربون ، ولم يستعمل المشترى حقه فى العدول قبل طلب الشفيع الأخذ بالشفعة ، فإنه يكون للشفيع أخذ العقار بالشفعة . أما إذا استعمل المشترى حقه فى

العدول عن الشراء بعد طلب الشفيع الأخذ بالشفعة ، فإنه لايكون له ما يبرره وخاصة أنه سيتحقق للمشترى غرضه فى التخلص من العقد عن طريق حلول الشفيع محله [١].

٤- البيع الذى يتم فيه التقايل :

يقصد بالتقايل (التفاسخ) فى عقد البيع ، اتفاق طرفيه على إلغائه ورفع آثاره ، وهذا الاتفاق هو عقد جديد فاسخ للعقد الأول .

وعلى ذلك فالتقايل يؤدى إلى اعتبار البيع كأن لم يكن ، ولما كان البيع هو أساس الشفعة فإنها تنهار بانهياره وتزول بزواله . فلا حق لأحد فى أن[٢] يتملك عقارا جبرا عن مالكه إذا لم يقدم على إخراجه من ملكه ، لأن مالك الشيء أولى به من غيره .

---

(١) نبيل إبراهيم سعد ص ٣٨١ .

(٢) **فقد قضت محكمة النقض بأن :**

" ... والتقايل فى عقد من العقود هو اتفاق بين طرفيه على إلغائه ورفع آثاره . وهذا الاتفاق هو عقد جديد فاسخ للعقد الأول . فإذا كان العقد الأول قد ترتب عليه انتقال حق الملكية فى عقار ، فإن التقايل فيه من شأنه أن ينقل هذا الحق ممن آل إليه إلى صاحبه الأصلى ، ومن ثم يكون تسجيله لازما لانتقال الملكية إليه عملا بنص المادة الأولى من قانون التسجيل ، وهو ليس من العقود المقررة للملكية المعفاة من

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

" التقايل فى البيع لايعتبر بيعا جديدا يتولد عنه للشفيع حق الشفعة لأنّ التقايل أو التراد فى البيع هو فسخ له بتراضى الطرفين لا إنشاء لبيع جديد ومن شأنه فى قصد المتعاقدين إعادة الحالة إلى ما كانت عليه قبل البيع ومحو كل أثر له مما لايكون معه أساس لطلب الشفعة وإذن فمتى كان التقايل قد حصل قبل طلب الشفعة فإنه يعدم أثر البيع الأول ولايبقى محل لطلب الشفعة " .

(طعن رقم ١٦٨ لسنة ٢١ ق جلسة ١٩٥٤/٣/٢٥)

أما إذا كان التقابل من البيع تم بعد طلب الشفيع الشفعة فى مواعيدها ثبت له الحق فيها ولايسقط التقايل حقه ، لأن حق الشفيع فى طلبها متولد من مجرد إتمام انعقاد البيع [١].

التسجيل، وهو ليس من العقود المقررة للملكية المعفاة من التسجيل. فإذا هو لم يسجل فإنه لايملك المشترى ولايصلح لأن يشفع بالعين التى هـى محله " .

(طعن رقم ١٤٤ لسنة ١٥ ق جلسة ١٩٤٦/٥/١٦)

(١) محمد على عرفه ص ٤٥٦ – منصور مصطفى منصور حق الملكية فى القانون المدنى المصرى ١٩٦٥ ص ٣٣٣ .

وفى هذا قضت محكمة النقض بـأن :

"القانون جعل البيع سببا للشفعة كما جعل حق الشفيع فى طلبها متولدا من مجرد إتمام انعقاد البيع على العين المشفوعة، فإذا فسخ البيع بتراضى الطرفين بعد طلب الشفعة فإنه لايعدم أثر البيع بالنسبة للشفيع ويظل حقه فى الشفعة قائما. ولما كان الثابت بالأوراق أنه بعد إتما البيع من الطاعن الأول إلى المطعون عليه الثانى بموجب العقد المؤرخ ١٩٧٢/٢/١٢ قام المطعون عليه الأول بإعلانهما فى ١٩٧٢/٤/٢ ، ١٩٧٢/٥/٧ برغبته فى أخذ الأرض المبيعة بالشفعة ثم أقام دعوى الشفعة بإيداع صحيفتها قلم الكتاب وقيدها بتاريخ ١٩٧٢/٥/١٠ ، فإن فسخ البيع الذى ادعى الطاعن الأول حصوله رضاء فى ١٩٧٢/٥/١٥ بعد طلب الشفعة ، لايسقط حق الشفيع ، ويجوز له إجبار البائع بأن يمضى معه فى البيع لا مع المشترى " .

(طعن رقم ٧٢٠ لسنة ٤٦ ق جلسة ١٩٨٠/٦/٣) (١)

---

(١) ويرى البعض أن التقايل لايترتب عليه زوال العقد الأول وإنما هو عبارة عن عقد جديد يتفق فيه على ما يناقض العقد الأول ، إذ يتفق الطرفـان على أن يسترد البائع المبيع ويسترد المشترى الثمن ، فيقع حينئذ عقـد جديد يكون البائع فيه هو المشترى فى العقد الأول ويكون المشترى فيه هو البائع فى العقد الأول . وعلى ذلك فيكون للشفيع أن يطلب الشـفعة بسبب البيع الثانى (السنهورى ص ٦٦٦ – عبد المنعم الصده ص ٤٥٢) .

٢٢ـ إثبات البيع :

تثور مسألة إثبات البيع إذا أنكر البائع والمشترى اتفاقهما على البيع لإحباط سعى الشفيع إلى أخذ العقار المبيع بالشفعة .

ولما كان الشفيع ليس طرفا في هذا البيع ، وإنما هو من الغير، ومن ثم لايخضع فى إثباته عقد البيع لما تنص به المادة ٦٠ من قانون الإثبات التى تقضى بأنه فى غير المواد التجارية إذا كان التصرف القانونى تزيد قيمته على خمسمائة جنيه أو كان غير محدد القيمة ، فلا تجوز شهادة الشهود فى إثبات وجوده أو انقضائه مالم يوجد اتفاق أو نص يقضى بغير ذلك . وإنما يضحى هذا البيع بالنسبة له بمثابة واقعة مادية ، يجوز له إثباتها بكافة طرق الإثبات القانونية بما فيها البينة والقرائن [١].

ويجوز توجيه اليمين الحاسمة فى دعوى الشفعة لإثبات واقعة البيع المجحود ، فإذا حلفها البائع أو المشترى فإنها تحسم النزاع بالنسبة إلى العقار المقول ببيعه . ولايلزم أن يحلف كل من البائع والمشترى ، إذ لابد لتمام البيع من إيجاب وقبول ، فإذا انتفى أحدهما باليمين اعتبر البيع منعدما [٢].

---

(١) السنهورى ص ٦٧٠ .

(٢) محمد على عرفه ص ٤٥٥ .

ولايكفى نكول أحدهما عن حلف اليمين، بل لابد من نكول كليهما ، إذا الإقرار الذى يتضمنه النكول لابد أن يصدر من طرفى البيع فالبيع لايتم إلا بتراضيهما [١].

٢٣ ـ ملكية الشفيع للعقار المشفوع به وقت قيام سبب الشفعة:

يشترط للأخذ بالشفعة أن يكون الشفيع مالكا للعقار المشفوع به، وقت قيام سبب الشفعة أى وقت انعقاد البيع الذى يريد أن يشفع فيه بصرف النظر عن تاريخ تسجيله .

وهذا الشرط مفهوم بداهة من حكمة الشفعة وهى دفع ضرر الشركة أو الجوار ، ولا يتضرر منها إلا شريك أو جار مالك . فإن كان الشفيع يشفع برقبة أو بحق انتفاع أو بحكر ، وجب أن يكون مالكا الرقبة أو حق الانتفاع أو رقبة العين المحتكرة أو حق الحكر. وإن كان يشفع بحصة شائعة فى عقار مملوك على الشيوع ، وجب أن يكون مالكا لهذه الحصة وإذا كان تملك الشفيع العقار المشفوع به بتصرف قانونى ، وجب أن يكون هذا التصرف مسجلا ، لأن الملكية فى المواد العقارية لاتنتقل سواء بين المتعاقدين أو بالنسبة للغير إلا بالتسجيل .

---

(١) السنهورى ص ٦٧٠ هامش (٢) .

فإذا كان العقار قد آل إلى الشفيع بمقتضى عقد بيع ، وجب أن يكون العقد مسجلا وقت البيع المشفوع فيه ، ولايغنى عن هذا التسجيل مجرد تسجيل صحيفة دعوى صحة تعاقد عن هذا البيع ، أو حتى تسجيل الحكم الصادر فيها بعد البيع فقد رأينا أن التسجيل ليس له أثر جعى .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " يجب ثبوت ملكية الشفيع للعقار الذى يشفع به وقت قيام سبب الشفعة أى وقت انعقاد بيع العقار الذى يشفع فيه ولاعبرة بتاريخ تسجيل هذا البيع ، لأن حق الشفعة يتولد عن عقد البيع ولو لم يكن مسجلا . وإذن فمتى كان الحكم المطعون فيه إذ قضى برفض دفاع المشترى المؤسس على أن الشفيع لم يكن مالكا لما يشفع به وقت حصول البيع سبب الشفعة أقام قضاءه على أن عقد شراء الشفيع للأرض الذى يشفع بها أسبق فى التسجيل على تاريخ تسجيل عقد بيع الأطيان التى يشفع فيها ، فإنه يكون قد خالف القانون وكان يتعين على المحكمة ليكون قضاؤها صحيحا فى هذا الخصوص أن تقيمه ، على أن تاريخ تسجيل عقد الشفيع سابق على تاريخ بيع الأرض المشفوع فيها " .

(طعن رقم ٧١ لسنة ٢١ ق جلسة ١٩٥٤/٢/١٨)

٢- " إذا أقام الحكم المطعون فيه قضاءه على أن الطاعنين لم يقدما دليلا على ملكيتهما للأرض المجاورة للحصة المراد أخذها بالشفعة ، وهو ما يكفى لحمل قضاء الحكم ، ومن ثم فإن النعى عليه فيما استطرد إليه بشأن تجزئة الصفقة - أيا كان وجه الرأى فيه- يكون نعيا غير منتج ".

(طعن رقم ٨٤٢ لسنة ٤٨ ق جلسة ١٩٨١/٥/٢٦)

٣- " المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن الشفعة لاتجوز إلا إذا كان الشفيع مالكا للعقار الذى يشفع به وقت قيام سبب الشفعة وأن ملكية العقار لاتنتقل إلى المشترى إلا بتسجيل عقد البيع ، وإذا كان الطاعن - الشفيع - لم يسجل حكم صحة التعاقد الصادر لصالحه عن العقار المشفوع به إلا بعد صدور البيع المشفوع فيه ، وكان هذا التسجيل لايرتب أثره إلا من تاريخ حصوله ولاينسحب إلى تاريخ تسجيل صحيفة الدعوى وإذ رتب الحكم على ذلك عدم أحقية الطاعن فى طلب أخذ العقار المبيع بالشفعة لأنه لم يكن مالكا للعقار المشفوع به وقت صدور البيع سبب الشفعة يكون قد التزم صحيح القانون " .

(طعن رقم ٤١٤ لسنة ٥٠ ق جلسة ١٩٨٣/٤/١٠)

كما قضت محكمة النقض بأن :

" لما كان البين من الأوراق ومن عقد البيع المسجل رقم ١٤٧٧ لسنة ١٩٨١ توثيق بنها سند ملكية طالب الأخذ بالشفعة بصفته أن الشركة التى يمثلها المطعون ضده الأول هى إحدى شركات الاستثمار التى تكونت طبقا لأحكام القانون رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٤ الذى حل محله القانون ٢٣٠ لسنة ١٩٨٩ فإنه يتعين لقبول دعوى الشفعة منها أن تقدم ما يفيد حصولها على موافقة مجلس إدارة هيئة الاستثمار على التوسع فى ملكية الأرض الزراعية اللازمة لنشاطها ذلك أن الحكم بثبوت حق الشفيع فى أخذ العقار المشفوع فيه يكون هو مصدر ملكيته المنشئ لحقه فيه وهو الأمر الممتنع على الشركة سالفة البيان طالما لم تستبق إلى الحصول على موافقة مجلس إدارة هيئة الاستثمار والتى استلزمها القانون وعلق عليها حكمة الاستثناء من الحظر المفروض على تملك هذه الأرض وإذ لم يفطن الحكم المطعون فيه إلى أن الشركة طالبة الأخذ بالشفعة هى إحدى شركات الاستثمار ورد على ما دفع به الطاعن من عدم قبول الدعوى لرفعها قبل الأوان استنادا إلى أحكام القانون رقم ٢٣٠ لسنة ١٩٨٩ سالف البيان بأن " لم يثبت أن المطعون ضده الأول أجنبى، فإنه يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون وحجبه ذلك عن التحقق من

حصول موافقة مجلس إدارة هيئة الاستثمار على تملك الشركة التى يمثلها المطعون ضده الأول للأرض المشفوع فيها مما يعيبه " .

(طعن رقم ٦٨٣٩ لسنة ٦٦ ق جلسة ١٦/٥/١٩٩٨- لم ينشر بعد)

وإذا كان الشفيع يستند فى ملكيته للعقار المشفوع به إلى تملكه بالتقادم المكسب ، وجب توافر مدة التقادم وقت انعقاد المبيع المشفوع به ، ولايغنى عن ذلك اكتمال هذه المدة بعد انعقاد البيع وقبل تسجيله [١].

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " متى كان الحكم إذ قضى برفض دعوى شفعة ، قد حصل من تحقيق النزاع القائم بشأن ملكية الشفيع للأرض التى يشفع بها أن الشفيعَ عجز عن إقامة الدليل على ملكيته لهذه الأرض بأي سبب من أسباب الملك بالتقادم أو بالعقد المسجل حتى تاريخ رفع الدعوى

---

(١) محمد كامل مرسى ص ٢٨٠- السنهورى ص ٧٧١- محمد على عرفه ص ٤٧٣ – عبد المنعم الصده ص ٤٣٢ – منصور مصطفى منصور ص ٣٢١ – وعكس ذلك عبد السلام ذهنى ص ٦٧٣ فيذهب إلى أن تملك واضع اليد يكون معلقا على شرط واقف وهو مضى المدة القانونية، بالشروط المقررة لصحة وضع اليد ، والأمر فى ذلك يرجع إلى نظرية جواز أو عدم جواز المطالبة بالشفعة عن عقود معلقة على شرط فاسخ أو واقف .

وأنه غير محق فى طلب الشفعة لعدم قيام سببه لديـــه فـــإن الحكـــم لايكون قد أخطأ فى القانون ، ذلك أن شرائط الأخـــذ بالشـــفعة أن يكون الشفيع مالكا لما يشفع به ولايكفى أن يكون حائزا أو واضـــع اليد بنية التملك دون أن يتم له التملك إذ مجرد حيازة الشفيع لايغنى عن إثبات ملكيته " .

(طعن رقم ٣٨٢ لسنة ٢٢ ق جلسة ١٩٥٦/٢/٢)

٢- " إذا تمسك الشفيع بأنه اشترى العقار الذى يشفع به وحازه واستوفت حيازته شرائطها المكسبة للملكية قبل البيع المشفوع فيـــه وجب على المحكمة التى تنظر طلب الشفعة أن تتحقق من توافر تلك الشرائط متى كان الشفيع لم يسجل سنده، لأن اكتساب الملكية بالتقادم يغنيه عن هذا التسجيل ، لما كان ذلك وكان البـــين مـــن محاضـــر أعمال الخبير أن الطاعنة تمسكت فيها بأنها وضـــعت يـــدها علـــى الأطيان المشفوع بها منذ شرائها الحاصـــل بتـــاريخ ١٩٥٥/١١/١ واستمرت منذ ذلك التاريخ فى ريها من الساقية الواقعة فـــى وقـــف .... وقد تأيد ذلك بشهادة شاهديها ولم ينكـــر ملكيتهـــا أحـــد مـــن المطعون ضدهم أو يجادل فيها ، وكان الحكم المطعون فيه قد أقـــام قضاءه مع ذلك على قوله إن «عقد البيع العرفى المشار إليه لاينقل ملكية الأطيان المشفوع بها إلى الطاعنة وحجب نفسه بـــذلك عـــن

بحث اكتساب الطاعنة ملكية الأطيان المشفوع بها بالتقــادم» فإنـــه يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون وشابه قصور فى التسبيب.

(طعن رقم ١٢١٠ لسنة ٥٤ ق جلسة ١٩٨٩/٢/٢٨)

وإذا كان سند ملكية الشفيع باطلا ، كما إذا تملك بموجب عقـد هبة لم يفرغ فى محرر رسمى ، فإن العقد يكون ولا وجـــود لـــه ، ولايكون بالتالى مالكا .

٢٤ ـ وجوب استمرار ملكية الشفيع حتى ثبـوت الحـق فـى الشفعة :

لايكفى أن يكون الشفيع مالكا للعين المشفوع بها وقت قيام سبب الشفعة فقط ، وإنما يجب أن تستمر ملكيته للعقار المشفوع به حتـــى وقت ثبوت حقه فى الشفعة ، ولو زالت بعد ذلك ، ولو كان زوالها بأثر رجعى .

ويثبت حق الشفيع فى الشفعة من وقت صدور الحكـــم بثبـــوت الحق فى الشفعة ، أو من وقت التراضى على الأخذ بالشفعة .

وعلى ذلك إذا تصرف الشفيع فى العقار المشـــفوع بـــه بـــأى تصرف ناقل للملكية سواء كان بمقابل كالبيع أو المقايضة أو بدون مقابل كالهبة ، قبل ثبوت حقه فى الشفعة ، فإنـــه يفقـــد حقـــه فـــى الحصول على العقار بالشفعة .

ولذلك نعرض فيما يلى لوضع بعض التصرفات التى تملك بها الشفيع .

٢٥ ـ حكمَ بعض التصرفات التى آلت بموجبها الملكية إلى الشفيع :

١- العقد القابل للإبطال :

إذا كان العقد الذى تملك بموجبه الشفيع عقدا قابلا للإبطـــال ، فإن العيب الذى يشوب العقد لايمنع انتقال الملكية إليـــه ، ذلـــك أن طلب إبطال هذا العقد مقصور على من شرع البطلان لمصـــلحته ، فإذا كان الشفيع قد اشترى العقار من ناقص الأهلية ، فليس للمشفوع منه أن يدفع بالبطلان لأن ناقص الأهلية هو صاحب الحق فى الدفع وحده [١].

٢- الملكية تحت شرط واقف :

لايجوز للشفيع المالك تحت شرط واقف ولو كان مسجلا طلب الأخذ بالشفعة ، لأن المالك تحت شرط واقف لا تتوفر له الملكية ، ولكن وجودها يكون معلقا على الشرط ، فإذا تحقق الشرط وجـــدت الملكية ، وإذ تخلف الشرط لاتوجد الملكية . كما لايجوز لهذا المالك إذا ما تحقق الشرط بعد صدور البيع أن يطلب الشفعة على أســـاس

---

(١) محمد كامل مرسى ص ٢٨١ .

الأثر الرجعي للشرط الواقف ، لأن هذا الأثــر الرجعــى مجــرد افتراض لإرادة المتعاقدين ولا عمل له فى نطاق الشفعة[١].

٣- الملكية تحت شرط فاسخ :

المالك تحت شرط فاسخ تتوفر له الملكية طالما كان عقده مسجلا، ولكن زوالها يكون معلقا على الشرط ، فإذا تحقق الشــرط زالــت الملكية واعتبرت كأن لم تكن . وإذا تخلف الشرط صارت الملكيــة باتة . ومن ثم يجوز لهذا المالك أن يطلب الشــفعة . فــإذا تحقــق الشرط قبل الحكم بالشفعة أو تسليم المشترى بها سقط حقه فيهــا ، لأن الملكية لم تظل له إلى حين تمام الأخذ بالشــفعة . وإذا تحقــق الشرط بعد تمام الأخذ بالشفعة فلا يكون لزوال ملكية حينئذ أى أثر على حقه فى الشفعة، حيث يبقى مالكا للعقار المشــفوع فيــه . ولا يعترض على هذا بأن الشرط يتحقق بأثر رجعى ، حيث يستند أثره إلى وقت انعقاد التصرف ، فتعتبر الملكية كأنها لم تكن قط للمالك ،

---

(١) محمد كامل مرسى ص ٢٧٧ – السـنهورى ص ٧٧٢- عبـد المـنعم الصده ص ٤٣٨ – محمد على عرفه ص ٤٦٦ – إسماعيل غـانم ص ٧٧ – منصور مصطفى منصور ص ٣٢٣.

ويعتبر هذا كأنه شفع بعقار لايملكه ، لأن الأثر الرجعى لايعتد بـه فى نطاق الشفعة [١].

٢٦ـ وجوب توافر كافة الشروط اللازمة للأخذ بالشفعة فى الشفيع حتى ثبوت الحق فى الشفعة :

لايشترط فقط فى الشفيع أن يكون مالكا عند انعقاد بيع العقار المشفوع فيه ، وأن يستمر هكذا إلى وقت تمام الأخذ بالشفعة ، وإنما يشترط أن تكون كافة الشروط الواجب توافرها فى الشفيع للأخذ بالشفعة قائمة حتى ثبوت الحق فى الشفعة أى بالقضاء بها أو بالتراضى عليها .

فإذا كان الشفيع جارا مالكا على الشيوع ثم تمت القسمة أثناء نظر دعوى الشفعة فاختص الشفيع بجزء من الأرض التى يشفع بها لايتحقق بالنسبة له التلاصق المطلوب لثبوت الشفعة ، سقط حقه فى الشفعة لزوال سببها ، أما إذا تم الحكم له بالشفعة قبل إجراء هذه القسمة ثم تمت القسمة بعد ذلك فلا أثر للقسمة على حق الشفيع .

---

(١) محمد كامل مرسى ص ٢٧٧- السنهورى ص ٧٧٢ ومابعدها- اسماعيل غانم ص ٧٦ ومابعدها – عبد المنعم الصده ص ٤٣٧ – منصور مصطفى منصور ص ٣٢٣ .

وإذا كان الشفيع جارا مالكا وطلب الشفعة ، ثـم زال الجـوار أثناء نظر دعوى الشفعة ، كما لو أنشئ طريق أو مصـرف عـام يفصل بين ملك الشفيع والعقار المبيع المشفوع فيه سقط الحق فـي الشفعة ، أما إذا تم ذلك بعد الحكم في الشفعة فلا أثر له على حـق الشفيع [١].

(١) عبد المنعم الصده ص ٤٣٦ – نبيل سعد ص ٣٩٦ .

مــادة (٩٣٦)

يثبت الحق فى الشفعة :

(أ) لمالك الرقبة إذا بيع كل حق الانتفاع الملابس لها أو بعضه.

(ب) للشريك فى الشيوع إذا بيع شىء من العقــار الشــائع إلــى أجنبى .

(ج) لصاحب حق الانتفاع إذا بيعت كل الرقبة الملابسة لهذا الحق أو بعضها .

(د) لمالك الرقبة فى الحكر إذا بيع حق الحكــر، وللمســتحكر إذا بيعت الرقبة .

(هــ) للجار المالك فى الأحوال الآتية :

١- إذا كانت العقارات من المبانى أو من الأراضــى المعــدة للبناء سواء أكانت فى المدن أم فى القرى .

٢- إذا كان للأرض المبيعة حق ارتفاق على أرض الجار، أو كان حق الارتفاق لأرض الجار على الأرض المبيعة .

٣- إذا كانت أرض الجار ملاصقة للأرض المبيعة من جهتين وتساوى من القيمة نصف ثمن الأرض المبيعة على الأقل .

(أسباب الشفعة)

(السبب الأول)

شفعة مالك الرقبة فى حق الانتفاع

٢٧ ـ مضمون السبب :

تثبت الشفعة لمالك الرقبة إذا بيع كل حق الانتفاع الملابس لهـا أو بعضه . فالشفعة فى هذه الحالة ليست سببا لكسب الملكية ، بـل هى سبب لكسب حق الانتفاع ، ويصبح بها الشفيع مالكا ملكية تامة.

ولئن كانت القاعدة العامة فى الشـفعة أنهـا لاتكـون إلا فـى العقارات المادية ، فلا تكون فى العقارات غير الماديـة ، أى فـى حالة بيع الحقوق المقررة على العقارات ، وعلى ذلك يكون تخويل مالك الرقبة حق الشفعة فى حالة بيع حق الانتفـاع اسـتثناء مـن القاعدة العامة . وبما أن هذا استثناء من القاعدة العامة فيجب عـدم التوسع فيه ، فلا يمنح هذا الحق ، فى حالة بيع حق المنفعـة ، إلا لمالك الرقبة دون غيره ، فلا يعطـى مـثلا للشـركاء فـى حـق الانتفاع[١].

والحكمة من تقرير حق الشفعة فى هذه الحالة هى أنها تـؤدى إلى جمع ما تفرق من عناصر الملكية بضم حق الانتفاع إلى الرقبة

---

(١) محمد كامل مرسى فى الجزء الثالث ص ٢١٤.

فتجتمع للمالك سلطاته على الشيء . ولهذا فوائده الاقتصادية غير المذكورة .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" مفاد نص المادتين ٩٣٦، ٩٣٧ من القانون المدنى أن المشرع قرر حق الشفعة لمالك الرقبة- فى بيع حق الانتفاع لحكمة توخاها هى جمع شتات الملكية برد حق الانتفاع إلى مالك الرقبة إذ بدون هذا النص الصريح ما كان لمالك الرقبة أن يشفع فى بيع حق الانتفاع إذ هو ليس شريكا مشتاعا ولاجارا مالكا .... الخ " .

(طعن رقم ١٠٣ لسنة ٤٨ ق جلسة ١٩٧٩/١٢/١٣)

٢٨ ـ فروض متعددة لشفعة مالك الرقبة فى حق الانتفاع:

رغم أن شفعة مالك الرقبة فى حق الانتفاع ، نادرة الوقوع فى العمل ، ويرجع ذلك إلى ندرة تقرير حق الانتفاع عملا . ومع ذلك يتصور الفقه هذا السبب فى فروض متعددة نعرض لها فيما يلى.

١- أن يرتب المالك حق الانتفاع على الرقبة كلها :

فيكون هناك عقار مملوك لشخص ، ويرتب عليه حق انتفاع لآخر، فيكون المالك الأصلى مجرد مالك رقبة ، ويكون حق الانتفاع ملابسا لهذه الرقبة كلها .

فإذا تصرف صاحب حق الانتفاع بالبيع فى كل حقه أو فى بعضه، جاز لمالك الرقبة أن يأخذ بالشفعة هذا المبيع أيا كان مقداره، وهو هنا لايزاحمه أحد .

٢- أن يرتب المالك حق الانتفاع على حصة شائعة فى العقار:

قد يرتب المالك حق الانتفاع على حصة شائعة فى العقار ، ولتكن النصف مثلا ، فإن المالك يظل مالكا ملكية تامة لمقدار النصف شيوعا فى العقار ، ومالكا أيضا لرقبة النصف الآخر- التى يلابسها حق الانتفاع ، فإذا بيع حق الانتفاع كله أو بعضه ، جاز لمالك الرقبة المذكور أن يشفع فيه كما فى المثال السابق [(١)].

٣- أن تكون ملكية العقار لشخص واحد ورتب حق انتفاع لشخصين أو أكثر شيوعا بينهم :

فى هذه الحالة ، إذا باع أحد الشركاء حصته الشائعة فى حق الانتفاع ، ونفرض أنها النصف ، كان لمالك الرقبة أن يشفع فى الحصة المبيعة ، فيصبح مالكا ملكية تامة لنصف العقار ، ومالكا لرقبة النصف الآخر . ولايستطيع الشريك الآخر فى حق الانتفاع أن يزاحم مالك الرقبة فى أخذ الحصة الشائعة المبيعة فى حق الانتفاع بالشفعة ، لأن مالك الرقبة مقدم فى الترتيب على الشريك فى الشيوع كما سنرى [(٢)].

---

(١) المستشار عزت حنوره ص ٣٣ .

(٢) السنهورى ص ٧٢٠ ومابعدها – رمضان أبو السعود ص ٢٩٤.

وقد قضت محكمة النقض بـأن :

" مفاد نص المادتين ٩٣٦ ، ٩٣٧ مـن القـانون المـدنى أن المشرع قرر حق الشفعة لمالك الرقبة - فى بيع حق الانتفاع لحكمة توخاها هى جمع شتات الملكية برد حق الانتفاع إلى مالك الرقبة إذ بدون هذا النص الصريح ما كان لمالك الرقبة أن يشفع فى بيع حق الانتفاع إذ هو ليس شريكا مشتاعا ولا جارا مالكا - وتحقيقا لـذات الحكمة فقد فضل المشرع مالك الرقبة على سـائر الشـركاء عنـد مزاحمتهم له فى الشفعة فى بيع حق الانتفاع الملابس للرقبة التـى يملكها وذلك على ما جرى به نص المادة ٩٣٧ من القانون المـدنى المشار إليها - وإذ قرر المشرع الأفضلية لمالك الرقبة على بـاقى الشفعاء عند مزاحمتهم له وفق ما جرى به هذا النص فقد تصور أن يزاحم الشركاء الآخرين مالك الرقبة فى بيع حق الانتفـاع فتكـون الأفضلية للأخير مؤكدا بذلك أن الشفعة فى حق الانتفـاع مقـررة لسائر الشفعاء وذلك لتوفر الحكمة من تقرير الشـفعة وهـى منـع المضار - لما كان ما تقدم فإن الحكم المطعون فيه إذ قضى بثبوت حق الشفعة للجار المالك (المطعون ضدها الأولى) يكون قد أصاب فى النتيجة التى انتهى إليها " .

(طعن رقم ١٠٣ لسنة ٤٨ ق جلسة ١٩٧٩/١٢/١٣)

٤- أن تكون ملكية العقار شائعة لشخصين أو أكثر ويرتب الملاك على العقار جميعه حق انتفاع :

إذ كان العقار مملوكا على الشيوع لشخصين أو أكثر ، ورتب الملاك حق انتفاع لآخر على كامل العقار ، وباع صاحب حق الانتفاع حقه ، جاز لملاك الرقبة أخذ حق الانتفاع بالشفعة فتخلص لهم ملكية العقار تامة .

كما يستطيع أحد الملاك أن يأخذ بالشفعة حصة فى حق الانتفاع تعادل حصته فى الرقبة ، إذ هى الحصة الملابسة للحصة التى يملكها فى الرقبة . فيعود كما كان مالكا لحصة فى العقار ملكية تامة. ويبقى الملاك الآخرون الذين لم يأخذوا بالشفعة مالكين لحصة فى الرقبة . وعلى هذا الوجه تكون حصته فى العقار الشائع مملوكة لأحد الملاك ملكية تامة ، والحصة الباقية يملك رقبتها الملاك الآخرون ويملك حق الانتفاع فيها المشترى لحق الانتفاع .

غير أنه إذا اعترض المشترى لتفرق الصفقة عليه ، فإن الشفيع يجبر على أخذ حق الانتفاع كله أو تركه كله منعا لتفرق الصفقة[1].

أما إذا كان المبيع من حق الانتفاع يزيد على القدر الملابس لحصة الشريك فى الرقبة الذى يطلب الأخذ بالشفعة، فإن هذا الشريك لايستطيع أن يشفع إلا فى القدر الملابس لحصته فى الرقبة

---

(١) السنهورى ص ٧٢٢ ومابعدها - الدكتور محمود جمال الدين زكى دروس فى الحقوق العينية الأصلية ١٩٧٦ ص ٤١٨ - محمد على عمران ص ١٠٨- رمضان أبو السعود ص ٢٩٤ ومابعدها .

تاركا الباقى للمشترى ، ما لم يرفض هذا الأخير تفريــق الصــفقة عليه فيفرض على الشفيع أخذ كل المبيع أو تركه كله [١].

وقد قضت محكمة النقض بأن :

(أ) – " النص فى المادة ٩٣٦ من القانون المدنى على أن "يثبت الحق فى الشفعة (أ) لمالك الرقبة إذا بيع كل حق الانتفاع الملابــس لها أو بعضه ... (ج) لصاحب حق الانتفاع إذا بيعت كــل الرقبــة الملابسة لهذا الحق أو بعضها ... " مفاده أن كلا من حــق الرقبــة وحق الانتفاع يمكن أخذه بالشفعة إذا ما توافرت شروط الأخذ بها".

(طعن رقم ١٦١١ لسنة ٤٩ ق جلسة ١٩٨٣/٥/٤)

(ب)– " مفاد النص فى المادة ١/٩٨٥ من القانون المــدنى أن حق الانتفاع يمكن كسبه بالشفعة فى حالة بيعه استقلالا دون الرقبة الملابسة له إذا ما توافرت شروط الأخذ بالشفعة " .

(طعن رقم ١٦٤٤ لسنة ٥١ ق جلسة ١٩٨٥/٤/٩)

٥– أن تكون ملكية العقار لمالكين أو أكثر على الشيوع ويرتــب الملاك حق الانتفاع فى العقار لمصلحة شخصين على الشيوع :

فى هذه الحالة إذا باع أحد صاحبى حق الانتفاع نصيبه الشائع، جاز لملاك الرقبة أن يأخذوا معا هذا النصيب بالشــفعة ، لأن كــل منهم يملك الأخذ بالشفعة .

(١) المستشار عزت حنوره ص ٣٤ .

ويجوز لأحد ملاك الرقبة بمفرده أن يأخــذ هــذا النصــيب ، ولايجوز للمشترى الاعتراض لأن الصفقة لم تتفرق [١].

٢٩ ـ جواز الشفعة فى بيع حق الاستعمال والسكنى :

لم يورد القانون بيع حق الاستعمال أو الســكنى بــين حــالات الشفعة .

غير أنه لا خلاف على أن بيع حق الاستعمال أو السكنى يسرى عليه فى مجال الأخذ بالشفعة ما يسرى على حق الانتفاع . ولــيس هذا قياسا على حق الانتفاع ، وإنما لأن المبيع حينئذ لايظــل علــى حاله الأول كحق استعمال أو حق سكنى بل يكون قد تحول إلى حق انتفاع .

فضلا عن أن الشارع نظم أحكام حــق الانتفــاع فــى المــواد (٩٨٥- ٩٩٥ مدنى) ، بينما خص حق الاستعمال أو حق الســكنى بمادتين فقط ثم أحال فيهما على أحكام حق الانتفاع إذ نصت المادة ٩٩٨ مدنى على أنه فيما عدا الأحكام التــى وردت فــى المــادتين السابقتين " تسرى الأحكام الخاصــة بحــق الانتفــاع علــى حــق الاستعمال وحق السكنى متىكانت لاتتعارض مــع طبيعــة هــذين الحقين" .

---

(١) السنهورى ص ٧٢٤ .

وعليه فإنه فى الحالات التى يجوز فيهـا النـزول عـن حـق الاستعمال أو حق السكنى (م٩٩٧ مدنى) تثبت الشفعة لمالك الرقبة إذا بيع الحقّ الملابس لها من هذين الحقين .

وقد أجازت المادة ٩٩٧ مدنى التنازل عن حق الاسـتعمال أو عن حق السكنى بناء علـى شـرط صـريح أو مبـرر قـوى ، وسنعرض لذلك فى موضعه من الموسوعة [١].

---

(١) عبد المنعم الصده ٤٠٣ – نبيل سعد ص ٣٣٥– منصـور مصـطفى منصور ص ٣١٠ – المستشار عزت حنوره ص ٣٥ ومابعدها – لاشين الغاياتى ص ١١.

(السبب الثانى)
شفعة الشريك فى بيع شىء من العقار الشائـع

٣٠ ـ مضمون السبب :

تنص المادة ٩٣٦ مدنى على أن يثبت الحق فى الشفعة :

" (أ) ....

(ب) للشريك فى الشيوع إذا بيع شىء من العقار الشـــائع إلـــى أجنبى " .

فإذ باع الشريك فى الشيوع شيئا من العقار الشائع إلى أجنبـــى ثبت لباقى الشركاء على الشيوع الحق فى الشفعة .

ويجب لانطباق هذا الحكم توافر عدة شروط نعرض لهـــا فـــى البند التالى .

٣١ ـ شروط الأخذ بالشفعة :

يشترط للأخذ بالشفعة لهذا السبب توافر شرطان :

الشرط الأول : أن يكون هناك عقار شائع :

والعقار الشائع هو الذى يتعدد مالكوه . ولايكون نصـــيب كـــل منهم فيه مفرزا . فالإفراز عكس الشيوع . وفى الشيوع يتملك كـــل من الشركاء المشتاعين حصته فى العقار الشائع ، مع ملاحظـــة أن هذه الحصة ترد على كل ذرة من ذرات العقار الشائع ، فهى ليست محددة بجزء معين ، بل ترد على العقار كله .

وحالة الشيوع التى يكون الاتفاق أو القانون مصدرها ، تنتهى بالقسمة النهائية فبالقسمة يتم إفراز نصيب كل من الشركاء المشتاعين . فالبيع الذى يجيز الشفعة لباقى الشركاء على الشيوع هو الذى يرد على حصة شائعة ، أى هو الذى يتم قبل القسمة. وأما إذا تم هذا البيع بعد القسمة فلا شفعة لباقى الشركاء استنادا إلى نص المادة ٩٣٦/ب مدنى .

وترتيبا على ذلك قضت محكمة النقض بأن :

" متى كان المشترى لايعدو أن يكون شريكا على الشيوع فى مجرى معد للرى يشق الأطيان المبيعة موضوع الشفعة فإن هذا الوضع لايصح أن يوصف به المشترى بأنه شريك على الشيوع فى جميع العقار المبيع يرفعه إلى مصاف الشريك على الشيوع الذى له حق أخذ العقار المبيع بالشفعة وإن كانت تلك المجرى هى جزء ضئيل من بعض المبيع " .

(طعن رقم ١٩٧ لسنة ٢٣ ق جلسة ١٩٥٦/١٢/٢٠)

الشرط الثانى : أن يكون الشريك مالكا للحصة التى يشفع بمقتضاها وقت التصرف فى الحصة الأخرى :

يشترط للأخذ بالشفعة أن يكون الشريك مالكا للحصة التى يشفع بمقتضاها وقت التصرف فى الحصة الأخرى المراد أخذها بالشفعة.

فيجب إذن أن تكون ملكية الشفيع سابقة على البيع ، وإلا امتنع عليه طلب الشفعة .

ولما كانت الملكية فى العقار لاتنتقل سواء بالنسبة للمتعاقدين أو الغير إلا بالتسجيل ، فإن الشريك لايكون مالكا إلا بتسجيل عقده ، ومن وقت التسجيل لاقبله ، ومن ثم لايثبت حق الشفعة للشريك إذا كان تسجيل عقد شرائه لاحقا لعقد البيع الصادر إلى المشفوع منه[١].

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

" الشريك فى معنى الفقرة الأولى من المادة الأولى من قانون الشفعة هو المالك على الشيوع ، وإذ كان المشترى لايكون مالكا إلا

---

(١) محمد على عرفه ص ٤١١- عبد المنعم فرج الصده ص٤٠٥- الدكتور جميل الشرقاوى الحقوق العينية الأصلية - الكتاب الأول حق الملكية ١٩٧٤ ص ٣٥٩.
وعكس ذلك السنهورى ص ٧٢٥ هامش (١) إذ يرى أن للتسجيل أثرا رجعيا فيما بين المتعاقدين ، وأن المشترى إذا سجل عقد شرائه أصبح مالكا للعقار الذى اشتراه من وقت البيع لا من وقت التسجيل ، وذلك بالنسبة إلى البائع وإلى كل شخص لايعتبر من الغير فى البيع الذى تم تسجيله .
وقد رأينا عند دراسة العقد أن هذا الرأى يخالف قضاء محكمة النقض والرأى الغالب فى الفقه .

بتسجيل عقده ، ومن وقت التسجيل لاقبله ، فإن الحكم إذا نفى حق الشفيع فى الشفعة على أساس أن تسجيل عقده لحصة شائعة فى القطعة التىّ بها الأطيان المشفوعة لاحق لعقد البيع الصادر إلى المشفوع منه لايكون قد أخطأ " .

(طعن رقم ٣٠ لسنة ١٧ ق جلسة ١٩٤٨/٥/٢٠)

وتثبت الشفعة للشريك أيا كان مقدار الحصة المبيعة بالنسبة إلى حصته.

كما تثبت للشريك على الشيوع سواء كان الشركاء من الأشخاص الطبيعيين أو الاعتباريين [١].

والشريك الذى له الحق فى طلب الشفعة هو الشريك فى العقار الذى بيع منه شىء .

وعلى ذلك فإن الجار الذى له حصة شائعة فى جدار فاصل بين ملكه والعقار المبيع ليس شريكا على الشيوع فى ذات العقار المبيع ، لأن شركته مقصورة على الشركة فى ملكية الجدار الفاصل . وبناء على ذلك ليس له أن يبنى طلب الشفعة على أساس الاشتراك فى الملك وإنما على أساس الجوار متى توافرت له شروط الأخذ بالشفعة . وكذلك إذا لم يكن الشريك شريكا فى ذات العقار المبيع وإنما كان شريكا فقط فى آلة للرى قائمة على العقار المبيع ، لم

---

(١) حسام الدين كامل الأهوانى الحقوق العينية الأصلية – أسباب كسب الملكية ص ١٢٦ .

يكن له أن يطلب الشفعة فى هذا العقار . ولا يعد شـريكا فـى ذات العقار الشريك فى مجرى معد للرى [١].

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

" متى كان المشترى لايعدو أن يكون شريكا على الشيوع فـى مجرى معد للرى يشق الأطيان المبيعة موضوع الشفعة فـإن هـذا الوضع لايصح أن يوصف به المشترى بأنه شريك على الشـيوع فى جميع العقار المبيع يرفعه إلى مصاف الشريك علـى الشـيوع الذى له حق أخذ العقار المبيع بالشفعة وإن كانت تلك المجرى هـى جزء ضئيل من بعض المبيع " .

(طعن رقم ١٩٧ لسنة ٢٣ ق جلسة ١٩٥٦/١٢/٢٠)

أما إذا اقتسم الشركاء العقار المشترك بينهم ، فإنهم يصـيرون بعد القسمة جيرانا لا شركاء ، فلا يكون لأحدهم حق الشـفعة فـى نصيب الآخر إذا بيع إلا بسبب الجوار إذا توافرت له الشروط التى يتطلبها القانون فى شفعة الجار [٢].

وإذا ادعى المشترى وقوع القسمة وأن الشفيع ليس شريكا بعـد وقوعها ، فعليه أن يثبت ذلك ، وله أن يثبته بجميع طرق الإثبـات، ولايعتبر تأجير أحد الشركاء فى الشيوع المال الشائع كله أو بعضه دليلا على وقوع القسمة .

---

(١) عبد المنعم البدراوى ص ٣٣٨ .

(٢) محمد على عرفه ص ٤١٠ .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " لكل من الشركاء على الشيوع حق تأجير المال الشائع كله أو بعضه من غير أن يعتبر ذلك دليلا على حصول قسمة هذا المال ، وإذ فمتى كان الطاعن فى مقام الاستدلال على حصول قسمة العقار المشفوع به قد تمسك بأن المطعون عليه الأول قد عرض على مجلس المديرية تأجير قسم مفرز لنصيبه من هذا المنزل غير مجاور للمنزل المشفوع فيه واستدل على ذلك بما ورد بمحضر انتقال المحكمة إلى هذا المجلس ، وكان الثابت من هذا المحضر أنه وإن كان المنزل الذى عرض المطعون عليه الأول تأجير على المجلس معادلا لنصيبه فى العقار المشفوع به إلا أنه لايوجد فى الأوراق ما يفيد وجود حدود له ولاحصول قسمة بين الورثة ، وكان الحكم المطعون فيه قد قرر أنه لايمكن من الاطلاع على محضر الانتقال معرفة ما إذا كان المبنى الذى عرضه المطعون عليه الأول على المجلس هو كل المبنى المجاور للمنزل المشفوع فيه أو جزء منه فقط ، فإن النعى عليه القصور فى التسبيب استنادا إلى أنه نسخ محضر الانتقال فيما استنتجه منه يكون على غير أساس متى كان طلب التأجير خاليا من بيان حدود العقار المراد تأجيره أو ما يفيد حصول قسمة المنزل " .

(طعن رقم ٢٩ لسنة ١٩ ق جلسة ١٩٥١/٥/٣١)

٢- حالة الشيوع بين الشركاء لاتنتهى إلا باتجاه إرادتهم جميعا إلى قسمة المال قسمة نهائية ، وإذن فمتى كان الحكم المطعون فيه إذ قرر عدم حصول قسمة فى العقار المشفوع به قد أقام قضاءه على ما حصلته المحكمة تحصيلا سائغا من أن الأعمال المادية التى أثبتها خبير الدعوى - استحداث مبانى بالمنزل - غير قاطعة فى إفادة هذا المعنى ووجدت فى تقدير الخبير وأوراق الدعوى ما يكفى لتكوين عقيدتها دون حاجة إلى الاستعانة برأى خبير آخر فإن النعى على الحكم القصور فى التسبيب استنادا إلى أنه لم يرد على المطاعن التى وجهها الطاعن إلى الخبير وإلى أعماله ولأنه مسخ محضر مناقشة الخبير . هذا النعى يكون فى غير محله " .

(طعن رقم ٢٩ لسنة ١٩ ق جلسة ١٩٥١/٥/٣١)

٣- " إذا كانت محكمة الموضوع قد عرضت لما أدلى به الطاعنان (المشفوع ضدهما) فى دفاعهما من أنهما يمتلكان على الشيوع فى الأطيان التى يقع بها القدر المشفوع فيه - وأنهما يفضلان الشفيعة بشرائهما لذلك القدر - وانتهت إلى عدم التعويل عليه تأسيسا على ما استظهرته من المستندات التى قدمت لها - استظهارا صحيحا من زوال حالة الشيوع التى كانت قائمة قبل الحكم بالقسمة وإقرار الطاعنين للقسمة التى تمت بموجبه وارتضائهما له وإعمالهما مقتضاه من قبل شرائهما للصفقة المشفوع

فيها – وعن تحرير العقد النهائى المسجل الصادر لهما من المطعون عليها الثانية . وقد أقامت حكمها فى هذا الخصوص على أسباب سائغة تؤدى إلى النتيجة التى خلصت لها فإن النعى على حكمها بالقصور والتناقض يكون فى غير محله " .

(طعن رقم ٣٠٢ لسنة ٢٤ ق جلسة ١٩٥٩/١/١٥) [١]

---

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن :

" إذ كان الثابت من مدونات الحكم أن الطاعنة قد أوردت دفاعا مؤداه أن البائع لها وهو زوج المطعون ضدها الأولى طالبة الشفعة ويقيم معها قد باع عن نفسه وبماله من وكالة ضمنية عن زوجته المذكورة وأولادها منه الشقة موضوع النزاع وأن جميع شقق العمارة قد بيعت لآخرين وكان هذا يعنى أن المطعون ضده الثانى حينما كان يتعاقد على بيع شقق العمارة جميعها – أخذا بنص البند الثانى من عقد البيع الصادر للطاعنة– كان ينفذ ما انصرفت إليه إرادة الشركاء المشتاعين والرغبة فى بيع جميع شقق العمارة ، وأنه كان فى تعاقده يمثل نفسه وينوب عن باقى الشركاء وهم زوجته وأولاده منها نيابة ضمنية مظهورة بمظهر المكلف ببيع نصيب باقى الشركاء المشتاعين ودلت كافة الظواهر على قيام هذه النيابة المستندة إلى وكالة الزوج المفترضة عن زوجته وأولاده ولم يقم أى دليل على انتفائها ، فإن قيام هذه الوكالة الضمنية يجعل من طالبة الشفعة طرفا بائعا فى عقد البيع يمتنع عليها أن تنقض ما تم منسوبا إليها بطلبها الشفعة لنفسها ويسقط حقها فى الشفعة وقد وافقت على بيع زوجها لنصيبها فى العين " .

(طعن رقم ٥٣١ لسنة ٤٦ ق جلسة ١٩٧٨/٦/٧)

٣٢ـ القسمة غير المسجلة :

تنص الفقرة الأولى من المادة العاشرة من قانون تنظيم الشـهر العقارى على أن جميع التصرفات والأحكام النهائية المقررة لحـق من الحقوق العينية العقارية الأصلية يجب كذلك تسجيلها ، ويترتب على عدم التسجيل أن هذه الحقوق لاتكون حجة على الغير . وليؤكد المشرع خضوع القسمة فى عموم التصرفات المقررة نـص فـى الفقرة الثانية من المادة العاشرة على أن يسرى هذا الحكـم علـى القسمة العقارية ولو كان محلها أموالا موروثة .

وعلى ذلك فإنه فى العلاقة ما بين المتقاسمين يعتبر كل متقاسم مالكا لما آل إليه بمجرد تمام القسمة دون حاجة إلى قيامه بالتسجيل.

أما فى علاقة المتقاسمين بالغير فإنه لايجوز لهـم الاحتجـاج بالقسمة على الغير إلا إذا كانت قد سجلت ، وإن كان يجوز للغيـر أن يتمسك بالقسمة حتى بالرغم من عدم تسجيلها . إلا أنه يجوز له أيضا أن يتجاهل القسمة غير المسجلة ويعتبر حالة الشيوع لاتـزال قائمة. لأن التسجيل إنما شرع لمصلحة هذا الغيـر حتـى يتبصـر أموره ويصون حقوقه .

وبالترتيب على ذلك إذا باع أحد المتقاسمين الجزء المفرز الذى آل إليه بموجب القسمة التى لم تسجل ، فإن القسمة تكون نافذة بين الشركاء ، ولايحق لهم المعارضة فى هذا البيع بحجة أنـه انصـب

على جزء مفرز ناشيء عن قسمة غير نافذة بسبب عدم تسجيلها، لأن القسمة نافذة فى حقهم ، ولم يشرع عدم النفاذ الناشىء عن عدم التسجيل لمصلحتهم هم ، وإنما حماية للغير فقط . وبما أن المشترى من الغير فى هذا الخصوص فإن له أن يتمسك فى مواجهتهم بنفاذ القسمة . وإذا تعلل أحد المتقاسمين بعدم تسجيل القسمة ليدعى أن حالة الشيوع مازالت قائمة ، وأنه مازال مالكا على الشيوع ، وليستند إلى هذه الملكية فى طلب الشفعة فى بيع عقار مجاور ، يستطيع المشترى هنا باعتباره من الغير أن يدفع الشفعة هذه بأن طالبها لم يعد جارا للعقار المبيع ، لأن القسمة التى تمت فى العقار المشفوع به – ولو لم تسجل – قد أزالت الشيوع ولم تخصص لطالب الشفعة جزءا مفرزا يجاور العقار الذى يريد أن يشفع فيه (١).

٣٣ ـ الشفعة فى حصة مفرزة :

إذا باع أحد الشركاء فى الشيوع حصته فى العقار قبل قسمته إلى أجنبى مفرزة محددة . فهل يثبت الحق فى الشفعة للشركاء المشتاعين الآخرين، أم أن هذا الحق لايثبت لهم ؟

---

(١) الدكتور أحمد سلامه الملكية الفردية فى القانون المصرى الطبعة الأولى ١٩٧٠ (مكررة) ١٩٧٥ ص ٤٠٨ – المستشار عزت حنوره ص ٣٩.

ذهب رأى إلى القول بأن بيع الشريك على الشيوع لحصة مفرزة من العقار الشائع لايمنع من الأخذ بالشفعة ، وحجتهم في ذلك أن تصرف الشريك على الشيوع في هذا الفرض لايقع غير صحيح . أية ذلك ما تنص عليه المادة ٢/٨٢٦ من القانون المدنى من أنه :

" وإذا كان التصرف منصبا على جزء من المال الشائع ولم يقع هذا الجزء عند القسمة فى نصيب المتصرف ، انتقل حق المتصرف إليه من وقت التصرف إلى الجزء الذى آل إلى المتصرف بطريق القسمة وللمتصرف إليه ، إذا كان يجهل أن المتصرف لا يملك العين المتصرف فيها مفرزة ، الحق فى إبطال التصرف " (١).

وذهب رأى آخر – نؤيده – إلى القول بأن بيع الشريك على الشيوع لحصة مفرزة من العقار الشائع لايجيز لغيره من الشركاء المشتاعين المطالبة بالشفعة . فهذا البيع لايسرى قبل القسمة فى مواجهة باقى الشركاء على الشيوع . وأن للمتصرف إليه– تطبيقا للقواعد العامة – إذا كان يجهل أن المتصرف لايملك العين ملكية مفرزة المطالبة بالبطلان . وإذا كان هذا البيع لايسرى فى مواجهة باقى الشركاء على الشيوع لوروده على حصة مفرزة فلا يعتبر المتصرف إليه تأسيسا على ذلك شريكا لهم فى ملكية هذا العقار

---

(١) محمد على عرفه ص ٤١٢ .

الشائع . وتبعا لذلك فلا يكون لباقى الشركاء على الشيوع المطالبة بالشفعة ، لعدم سريان التصرف فى مواجهتهم [١].

وقد أخذت محكمة النقض بهذا الرأى إذ قضت بأن :

١- إن من تلقى حصة مفرزة من شريك مشتاع لايستطيع إذاما طلب الشفعة أن يجابه المشفوع فيه إلا بسنده وفى حدوده أى باعتباره مالكا ملكية مفرزة ، ومن ثم فإنه لايكون له أن يشفع إلا بصفته جارا ملاصقا وكل ادعاء منه على خلاف مقتضى سنده خليق بأن يهدره القاضى ، ذلك أن من تلقى حصة مفرزة لايملك بإرادته المنفردة أن يغير موضوع حقه فيجعله شائعا . وإذن فإذا كان مبنى مانعاه الطاعن على الحكم هو أنه على الرغم مما ورد فى عقد بدله الذى تلقى بمقتضاه العقار المشفوع به من تحديد وإفراز فإن قسمة نهائية لم تقع بين الورثة الذين حصل البدل مع بعضهم وأنه يعتبر على الرغم من هذا الإفراز وذلك التحديد مالكا على الشيوع ويحق له أن يشفع بهذه الصفة فى المبيع وكان الحكم قد أثبت أن الطاعن تلقى بعقد بدله العقار المشفوع به محددا مفرزا فإنه لاتقبل شفعته إلا إذا توافر لديه ما يشترط فى الجار الشفيع ، ومن ثم تكون دعواه بالشفعة على أساس أنه شريك على الشيوع فى

---

(١) السنهورى ص ٧٢٧ ومابعدها – محمد على عمران ص ١١٠.

العقار المبيع متعينة الرفض - فإن النعى عليه بأنـــه أخطـــأ فـــى تطبيق القانون يكون على غير أساس " .

(طعن رقم ٢١٣ لسنة ١٨ ق جلسة ١٩٥٠/١١/٣٠)

٢- " جرى قضاء محكمة النقض على أن من تلقـــى حصـــته مفرزة من شريك مشتاع لايستطيع إذا ما طلب الشـــفعة أن يجابـــه المشفوع منه إلا بسنده وفى حدوده أى باعتباره مالكا ملكية مفرزة. ومن ثم لا يكون له أن يشفع إلا بصفته جارا ملاصقا وأن كل ادعاء منه على خلاف مقتضى سنده خليق بأن يهدره القاضى ذلك أن من تلقى حصة مفرزة لايملك بإرادته المنفردة أن يغير موضوع حقـــه فيجعله شائعا . وإذن فمتى كان الحكم المطعون فيه إذ قـــرر عـــدم توافر سبب الشفعة لدى الطاعن ورتب على ذلك عدم أحقيتـــه فـــى مزاحمة المطعون عليها الأولى فى الأخذ بالشفعة قد استند إلـــى أن العقار الذى يريد أن يشفع به قد تلقاه بعقد شرائه مفرزا ، فإن هـــذا الحكم لايكون قد خالف القانون أو شابه تناقض فيما استند إليه مـــن أسباب " .

(طعن رقم ٣٢٥ لسنة ٢٠ ق جلسة ١٩٥٣/٦/٢٥)

٣- " مؤدى نص المادتين ٨٢٦ ، ٩٣٦ من القانون المدنى أن للمالك على الشيوع الحق أن يبيع ملكه محددا مفرزا ويقـــع البيـــع صحيحا وإن كانت حالة التحديد هذه تظل معلقة على نتيجة القســـمة

أو إجازة الشركاء فى الشيوع ، ومتى كان هذا البيع صحيحا وصدر لأجنبى وكان الإفراز الذى تحدد به محل البيع لايحاج بـه سـائر الشركاء فى الشيوع طالما لم تتم القسمة قضاء أو رضاء مما يعتبر معه هذا التصرف بالنسبة لهم فى حكم التصرف فى قدر شائع فإنه ينبنى على هذا أن يثبت لهم حق الأخذ بالشفعة فى ذلك البيع وفقـا لصريح عبارة النص فى المادة ٩٣٦ من القانون المدنى " .

(طعن رقم ٣٨٤ لسنة ٤٩ ق جلسة ١٩٨٣/١/٣٠)

٤- " مفاد المادتين ٨٢٦ ، ٩٣٦/ب مـن القـانون المـدنى – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة- أن للمالك فى المال الشائع أن يبيع ملكه محددا مفرزا ويقع البيع صـحيحا وإن كانـت حالـة التحديد هذه تظل معلقة على نتيجة القسمة أو إجازة الشـركاء فـى الشيوع فإذا صدر البيع مفرزا لأجنبى فإن هذا الإفراز الذى تحـدد به محل المبيع لايحاج به سائر الشركاء فى الشيوع ولاينفـذ فـى حقهم طالما لم تتم القسمة قضاء أو رضاء مما يعتبـر معـه هـذا التصرف بالنسبة لهم فى حكم التصرف فى قدر شائع ، وينبنى على ذلك أن يثبت لهم حق الأخذ بالشفعة فى هذا البيع وفقا لصريح نص المادة ٩٣٦/ب من القانون المدنى التى وردت عبارته مطلقة فـى قيام الحق فى الشفعة للشريك على الشيوع ، وعلى ذلك فإنه يستوى فى ثبوت هذا الحق أن يكون الشىء المبيع حصة شـائعة أم قـدرا

مفرزا فى العقار الشائع إذ المناط فيه هو قيام حالة الشيوع فى العقار الذى بيع قدر منه دون اعتداد بما إذا كان هذا القدر مفرزا أو شائعا " .

(طعن رقم ٢٥٨٨ لسنة ٥٦ ق جلسة ١٩٩١/٥/٢٣)

٥- " مؤدى نص المادتين ٨١٦، ٩٣٦ من القانون المدنى أن للمالك على الشيوع أن يبيع ملكه محددا مفرزا ويقع البيع صحيحا وإن كانت حالة التحديد هذه تظل معلقة على نتيجة القسمة أو إجازة الشركاء فى الشيوع ، ومتى كان هذا البيع صحيحا وصدر لأجنبى وكان الإفراز الذى تحدد به محل البيع لايحاج به سائر الشركاء فى الشيوع طالما لم تتم القسمة قضاء أو رضاء مما يعتبر معه هذا التصرف بالنسبة لهم فى حكم التصرف فى قدر شائع فإنه ينبنى على هذا أن يثبت لهم حق الأخذ بالشفعة فى ذلك البيع وفقا لصريح عبارة النص فى المادة ٩٣٦ من القانون المدنى " .

(طعن رقم ٩٢٣ لسنة ٥٩ ق جلسة ١٩٩٤/١/١٩)

٣٤ ـ الشريك على الشيوع فى حق الانتفاع :

ثار خلاف فى الفقه حول ما إذا كان للشريك المشتاع فى حق الانتفاع الوارد على عقار أن يأخذ بالشفعة حصة شائعة فى حق الانتفاع يبيعها شريك آخر فى هذا الحق لأجنبى من عدمه.

فذهب رأى إلى أن الشريك فى الانتفاع ليس له الحق فى الشفعة فى هذه الحالة ، لأن المادة ٩٣٦ خولت الشريك فى الشيوع الشفعة " إذا بيع شىء من العقار الشائع إلى أجنبى " ، فالذى له الشفعة هو الشريك فى الملك ، لا الشريك فى الانتفاع . كما أن صاحب حق الانتفاع لا يكون له الحق فى الشفعة إلا إذا بيعت الرقبة ، وقد خول هذا الحق لمالك الرقبة عند بيع حق الانتفاع لحكمة ، هى جمع ما تفرق من حق الملكية . وكذلك كان الحكم فى قانون الشفعة الملغى فإنه لم يذكر فى المادة الأولى منه إلا الشريك الذى له حصة مشاعة فى العقار المبيع ، ولم يذكر الشريك الذى له حصة فى حق الانتفاع المبيع ، وظاهر من هذا النص أن الشريك فى المنفعة لا يكون له الحق فى الشفعة فى هذه الحالة [1].

غير أن الرأى السائد أن عبارة الشريك فى الشيوع الواردة بالمادة ٩٣٦ تشمل الشريك فى حق الانتفاع كما تشمل الشريك فى حق الملكية ، لأن كليهما شريك فى العقار المبيع ، ولأن المصلحة فى استبعاد الأجنبى عند قيام حالة الشيوع متحققة فى حالة الانتفاع كما هى متحققة فى حالة الملكية . بل إن الضرر يكون أبلغ بالنسبة إلى المنتفع منه إلى المالك ، لأن الشركة تنصب فى هذه الحالة على

---

(١) محمد كامل مرسى ص ٢٢١ – عبد المنعم البدراوى فى طبعة سابقة ص ٤٣١ تم عدل عنها فى الطبعة التالية (١٩٧٨) ص ٣٣٩ ومابعدها.

استغلال العقار ، ولاجدال فى أن هذه مسألة تستقيم على الانفـراد وتضار من الاشتراك .

كما أن الرأى يفرضه المنطق فرضا ، إذ أنـه إن كـان مـن المقرر أن لصاحب حق الانتفاع أن يشفع بحقه المؤقت فـى حـق الملكية وهو دائم ، فإنه يجوز له من باب أولى- أن يشفع فى حـق مماثل لحقه متى كان شريكا فيه . وهو بهذا الحق أولى من الأجنبى على أى حال [١].

---

(١) السنهورى ص ٧٣٣ الهامش – محمد على عرفـه ص ٤١٤- محمـد على عمران ص ١١١- عبد المـنعم الصـده ص ٤٠٦ – المستشـار مصطفى هرجه الشفعة فى ضوء أحدث الآراء وأحكام النقض والصـيغ القانونية ١٩٨٦ ص ٤٠ ومابعدها .

(السبب الثالث)
شفعة صاحب الانتفاع إذا بيعت الرقبة أو بعضها

٣٥ ـ مضمون السبب :

تنص المادة ٩٣٦ مدنى على أن يثبت الحق فى الشفعة :

(ج) لصاحب حق الانتفاع إذا بيعت كل الرقبة الملابسة لهذا الحق أو بعضها " [١].

---

(١) وكان إعطاء صاحب حق الانتفاع الحق فى الشفعة مثار خلاف فى لجنة المراجعة فقد جاء بمحضر جلسة ٥ نوفمبر سنة ١٩٣٧ ما يأتى :
" ثم انتهت اللجنة إلى الفقرة (٣) من المادة الأولى فأشار الرئيس إلى أن اللجنة قد انتهت بعد جدل طويل إلى الموافقة على النص التالى :
(٣) لصاحب حق الانتفاع على كامل العقار المبيع فى حالة بيع الرقبة .
وأضافت أن بعض حضرات الأعضاء قد عارض أثناء مناقشة النص المقترح فى منح حق الشفعة لصاحب حق الانتفاع ، وأن نفس هؤلاء الأعضاء لم يقروا النص الذى تم الاتفاق عليه إلا بعد توفيق بين وجهات النظر . وعاد الرئيس إلى التساؤل عما إذا كان من المستحسن منح حق الشفعة لصاحب حق الانتفاع ولو انصب حقه على جزء من العقار المبيع على أن يقصر حقه فى الشفعة على الجزء من ملكية الرقبة الذى ينصب عليه حقه فى الانتفاع .
وعقب المسيوفان أكر بأن من المغالاة أن يمنح صاحب حق الانتفاع حق الشفعة بالنسبة لجزء من الرقبة لايتناوله حقه . ونبه المسيودو فيه إلى

أنه سبق للجنة أن رأت التضييق من حق الشفعة ، وأنه يرى منح حق الشفعة لصاحب حق الانتفاع .

ورأى المسيوبا سار عدم منح حق الشفعة لصاحب حق الانتفاع إلا إذا كان هو المنتفع الوحيد وعدم التسليم بهذا الحق إذا تعدد أصحاب حق الانتفاع وذلك درءا للمشاكل والصعوبات التى قد تعرض فى مثل هذه الحالة .

وعارض فؤاد حسنى بك فكرة تقرير حق الشفعة لصاحب حق الانتفاع لأنها تؤدى إلى التدخل فى الملكية فى حين أنه قد يكون من المتعين بقاؤه بعيدا عن كل تعاقد يمس ملكية الرقبة وخاصة فإن حقه وهو فى الأصل موقوت بحياته لايتأثر بما قد يطرأ على ملكية الرقبة من تغيير .

وقال محمد كامل مرسى بك إنه يرى عدم الاعتراف بحق الشفعة لصاحب حق الانتفاع لأنه يكاد فى الواقع يكون معدوما فى مصر .

وهنا أشار الرئيس إلى سبق موافقة اللجنة فى الجلسة الماضية على الاعتراف بحق الشفعة لصاحب حق الانتفاع .

وأضاف أن قرارات اللجنة بطبيعتها غير نهائية بل هى مؤقتة وقابلة للتعديل إلا أنه يحسن عدم العدول عن الرأى الذى انتهت إليه اللجنة فى الجلسة الأخيرة بالنسبة لصاحب حق الانتفاع ، ومع ذلك فهو يقترح إمعانا فى التضييق من هذا الحق النص التالى عوضا عن النص الذى أقرته اللجنة فى الجلسة الأخيرة :

"٣- لصاحب حق الانتفاع إذا بيع الجزء من الرقبة الملابس لهذا الحق".

واقترح المسيو فان أكر الصيغة الآتية :

"٣- لصاحب حق الانتفاع إذا بيعت الرقبة الملابسة لهذا الحق إلى أجنبى" .

فوافقت اللجنة على هذا النص الأخير .

(مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٦ ص ٣٦٦ ومابعدها) .

وقد جاء عنها بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" يلاحظ أولا أن اللجنة جعلت ترتيب صاحب حق الانتفاع بين الشفعاء فى المكان الثانى ، فيأتى بعد مالك الرقبة وتقول المذكرة الإيضاحية فى ذلك إن كلا من مالك الرقبة وصاحب حق الانتفاع فى مركز معادل لمركز الآخر ، والغرض من إعطاء كل منهما، الحق فى الأخذ بالشفعة هو جمع ما تفرق من حق الملكية ، فإذا جاء مالك الرقبة بين الشفعاء فى المكان الأول ، وجب أن يتلوه صاحب الانتفاع فيأتى فى المكان الثانى [1].

فالحكمة فى ثبوت الشفعة للشريك فى الملكية ، وهى استبعاد الأجنبىوالعملعلى إنهاء الشيوع قائمة بالنسبة للشريك فى الانتفاع، ولذلك تقرر له الحق فى الشفعة .

وتثبت الشفعة فى المرتبة الثالثة ، لصاحب حق الانتفاع إذا بيعت كل الرقبة الملابسة لهذا الحق أو بعضها ، وبنفس الشروط التى تثبت فيها الشفعة لمالك الرقبة إذا بيع حق الانتفاع الملابس لها أو بعضه.

ولذات العلة تثبت الشفعة أيضا ، وبنفس الشروط لصاحب الاستعمال أو السكنى طبقا للمادة ٩٩٨ التى تنص على سريان

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٦ ص ٣٦٠ ومابعدها .

أحكام الانتفاع على هذين الحقين متى كانت لاتتعارض مع طبيعتها[١].

٣٦ ـ فروض شفعة صاحب الانتفاع إذا بيعت الرقبة أو بعضها :

يمكن أن نتصور هنا عدة فروض ، كما رأينا بالنسبة إلى شفعة مالك الرقبة فى حق الانتفاع .

وهذه الفروض كالآتى :

١ – أن تكون الرقبة لشخص واحد والانتفاع لشخص واحد :

فهنا يكون مالك العقار مالكا للرقبة فقط ، فإذا بيع ملك الرقبة، كان لصاحب الانتفاع أن يشفع فيه دون أدنى صعوبة ، فيصبح مالك الرقبة مالكا للعقار ملكية تامة .

٢ – أن تكون الرقبة لشخص واحد والانتفاع شائعا لعدة شركاء :

فإذا بيعت الرقبة كلها فى هذا الفرض ، كان لأصحاب حق الانتفاع مجتمعين أن يشفعوا فيها كل منهم بقدر نصيبه ، وبالتالى ليس لكل واحد منهم أن يشفع فى كل الرقبة لأن حقه لايلابس إلا بعض المبيع .

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٦ ص ٣٦٠ ومابعدها .

٣- أن تكون ملكية الرقبة شائعة بين عدة شركاء :

إذا كان ملكية الرقبة شائعة بين عدة شركاء ، وباع أحد الشركاء حصته فيها، كان لصاحب الانتفاع أن يشفع لأن الرقبة المبيعة هى بعض الحق الملابس لحق الانتفاع مما يدخل فى حكم النص .

فإذا تزاحم على الشفعة فى بيع الحصة الشائعة فى الرقبة شريك آخر فى ملكيتها وصاحب الانتفاع فضل الشريك فى الرقبة لأنه في مرتبة سابقة على شفعة المنتفع فى ملكية الرقبة . ويشترط ليقوم هذا التزاحم أن يكون بيع الحصة الشائعة فى الرقبة لأجنبى لأنه إذا كان المشترى شريك آخر فى الرقبة فلا تصح الشفعة لصاحب الانتفاع ، إذ أن المشترى فى هذه الحالة توافرت فيه الشروط التى تجعله شفيعا فى مرتبة أعلى(م٩٣٧/٢ مدنى) .

٤- أن تكون ملكية الرقبة لمالكين أو أكثر وترتب حق الانتفاع لشخصين أو أكثر :

إذا كانت ملكية الرقبة لمالكين أو أكثر على الشيوع ، ورتبوا حق الانتفاع لشخصين أو أكثر على الشيوع . وباع أحد ملاك الرقبة نصيبه الشائع جاز لمالكى حق الانتفاع أن يأخذوا معا هذا النصيب بالشفعة ، لأن كلا منهم يملك الأخذ بالشفعة مالم يطلبه الشريك الآخر فى الرقبة ، فيأخذه لأنه شريك فى الشيوع ومقدم فى المرتبة على أصحاب حق الانتفاع .

كذلك يستطيع أحد ملاك حق الانتفاع وحده أن يأخذ النصيب المبيع بالشفعة إذا لم يطلبه الشريك الآخر في الرقبة . ولا يستطيع المشترى أن يعترض لأن الصفقة لم تتفرق عليه . وإذا باع ملاك الرقبة كل الحق ، جاز لأصحاب حق الانتفاع أن يأخذوه معا بالشفعة ، وجاز لأحدهما أن يأخذ بالشفعة الحصة من الرقبة الملابسة لحقه في الانتفاع ، إلا إذا تمسك المشترى بعدم تفرق الصفقة ، فيتحتم عندئذ على هذا الشفيع ، إما أن يأخذ كل الرقبة أو أن يترك الأخذ بالشفعة أصلا [١].

٣٧ ـ سريان أحكام شفعة صاحب الانتفاع على حق الاستعمال وحق السكنى .

راجع بنود (٢٥ وما بعده) .

---

(١) السنهورى ص ٧٣٥ ومابعدها – نبيل سعد ص ٣٤٣ ومابعدها– محمد على عمران ص ١١٢ ومابعدها .

(السبب الرابع)
شفعة مالك الرقبة فى الحكر إذا بيع الحكر والمستحكر إذا بيعت الرقبة

٣٨ ـ مضمون السبب :

تنص المادة ٩٣٦ مدنى على أن يثبت الحق فى الشفعة :

(د) – " لمالك الرقبة فى الحكر إذا بيع حق الحكر، وللمستحكر إذا بيعت الرقبة " .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى عن هذا النص أنه : "ويلاحظ ثانيا أن المشروع قد زاد على الشفعاء الذين أقرتهم اللجنة المستحكر ومالك الرقبة ، فكل منهما يأخذ بالشفعة من الآخر ، جمعا لما تفرق من حق الملكية كما فى الرقبة وحق الانتفاع ، وابتغاء لوسيلة جديدة ينتهى بها حق الحكر ، وهو حق غير مرغوب فى بقائه " [١].

فالمشرع كما أعطى لمالك الرقبة الحق فى الأخذ بالشفعة ، إذا بيع حق الانتفاع ، ولصاحب حق الانتفاع إذا بيعت ملكية الرقبة، أعطى أيضا لمالك الرقبة والمستحكر فى الحكر الحق فى الأخذ بالشفعة .

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٦ ص ٣٦٣ ومابعدها .

فالفرض هنا أن مالكا لأرض رتب عليها حق حكر فأصبح هو مالكا للرقبة والمحتكر صاحبا لحق الحكر. فإذ باع المحتكر حقه كان لمالك الرقبة أن يأخذ هذا الحق بالشفعة . وإذا باع مالك حق الرقبة حقه ، كان لصاحب الحكر أن يأخذ الرقبة بالشفعة ، فيصبح هو أيضا مالكا للأرض ملكية تامة .

والشفعة هنا تقتصر على حق الرقبة وحق الحكر فقط . أما البناء أو الغراس الذى يحدثه المحتكر فى الأرض المحكرة فهو عقار متميز عن كل من الرقبة وحق الحكر ، ولايشفع فيه إلا بطريق الجوار كما سنرى أو بطريقة بيعه تبعا لحق الحكر ذاته فعندئذ يؤخذ حق الحكر وما يتبعه من بناء أو غراس بالشفعة .

ذلك أن المادة ١٠٠٢ مدنى تنص على أن : " يملك المحتكر ما أحدثه من بناء أو غراس أو غيره ملكا تاما ، وله أن يتصرف فيه وحده أو مقترنا بحقه في الحكر " .

وبذلك يكون للمحتكر حقان مختلفان: حق عينى فى الأرض المحتكرة وهو حق الحكر . **وحق ملكية تامة فى البناء أو الغراس الذى أحدثه فى العين المحتكرة ويجوز له أن يتصرف فى كل منهما مستقلا عن الحق الآخر .**

وشفعة مالك الرقبة وشفعة المحتكر أصبحت نادرة الحصول فى العمل ، لما يأتى :

١- أنه لم يعد من الجائز منذ العمل بالتقنين المدنى الجديد ترتيب حق الحكر إلا على أرض موقوفة إذ تنص المادة ١٠١٢ مدنى على أنه من وقت العمل بهذا القانون لايجوز ترتيب حق حكر على أرض غير موقوفة وذلك مع عدم الإخلال بحكم المادة ١٠٠٨ الفقرة الثالثة. ولما كانت الفقرة الثانية من المادة ٩٣٩ مدنى تنص على أنه لايجوز للوقف أن يأخذ بالشفعة، ومن ثم لن يكون هناك شفعة لمالك الرقبة إذا بيع حق الحكر .

٢- بما أن حق الحكر لاينشأ إلا على أرض موقوفة . فإن مؤدى ذلك عدم بقاء الحكر إذا زالت صفة الوقف عن الأرض المحكرة - وقد زالت صفة الوقف عن الوقف الأهلى - كما ذكرنا سلفا - بمقتضى المرسوم بقانون رقم ١٨٠ لسنة ١٩٥٢ بإلغاء نظام الوقف على غير الخيرات ، ومن ثم ترتب على ذلك إلغاء الأحكار القائمة على هذا الوقف وهو ما أكدته المادة السابعة من المرسوم بقانون المذكور بقولها : " يعتبر منتهيا بسبب زوال صفة الوقف كل حكر كان مرتبا على أرض انتهى وقفها وفقا لأحكام هذا القانون. وفى هذه الحالة تتبع الأحكام المقررة فى المادة ١٠٠٨ ومابعدها من القانون المدنى " .

وحتى بالنسبة للوقف الخيرى عمد المشرع إلى إنهاء هذا الوقف بقرارات تصدر من وزير الأوقاف بالقوانين رقم ٦٤٩ لسنة ١٩٥٣

ثم رقم ٢٩٥ لسنة ١٩٥٤ ، ثم رقم ٥٢ لسنة ١٩٦٠ . وانتهى الأمر إلى إلغاء الأحكار على الأعيان الموقوفة بمقتضى القانون رقم ٤٣ لسنة ١٩٨٢ .

٣- لما كانت الأعيان الموقوفة لايجوز التبايع فيها ، فإنه لايتصور بيع حق الرقبة فى الحكر حتى يشفع فيها المحتكر . أما إذا تقرر بيع أرض موقوفة وقفا خيريا بطريق الاستبدال وكان الاستبدال على رقبة العين المحكرة وحدها فإن حق الحكر يبقى على العين الأصلية ، ويكون لصاحب الحكر أخذ الرقبة بالشفعة[1].

كذلك تجوز الشفعة فى الأحكار القديمة المنشأة قبل العمل بالتقنين المدنى الجديد على أرض غير موقوفة أو فى حالة زوال الوقف عن الأرض المحكرة عملا بالفقرة الثالثة من المادة ١٠٠٨ مدنى التى تقضى بأن : "ينتهى حق الحكر أيضا قبل حلول الأجل إذا زالت صفة الوقف عن الأرض المحكرة ، إلا إذا كان زوال هذه الصفة بسبب رجوع الواقف فى وقفه أو إنقاصه لمدته ، ففى هذه الحالة يبقى الحكر إلى انتهاء مدته ".

---

(١) السنهورى ص ٧٤١ – عبد المنعم الصده ص ٤١١– منصور مصطفى منصور ص ٣١٥ – وعكس ذلك المستشار عزت حنوره ص ٤٩.

(السبب الخامس)
شفعة الجــار المالك

٣٩ ـ مضمون السبب :

تنص المادة ٩٣٦ مدنى على أن : يثبت الحق فى الشفعة :

(هـ) للجار المالك فى الأحوال الآتية :

١- إذا كانت العقارات من المبانى أو من الأراضــى المعــدة للبناء سواء أكانت فى المدن أو القرى .

٢- إذا كان للأرض المبيعة حق ارتفاق على أرض الجار، أو كان حق الارتفاق لأرض الجار على الأرض المبيعة .

٣- إذا كانت أرض الجار ملاصقة للأرض المبيعة من جهتين وتساوى من القيمة نصف ثمن الأرض المبيعة على الأقل .

ويبين من هذا النص أن الحكم يختلف بحسب طبيعــة العقــار المشفوع فيه . فإذا كان هذا العقار بناء أو أرضا معدة للبناء . فإنه يكفى لثبوت الشفعة فيه للجار أن يكون هناك تلاصــق مــن جهــة واحدة . أما إذا كان العقار أرضا غير معدة للبناء فلا تثبت الشــفعة للجار إلا فى حالتين : **الأولى** : أن يكون لــلأرض المبيعــة حــق ارتفاق على أرض الجار أو العكس . **والثانيــة** : أن تكــون أرض

الجار ملاصقة للأرض المبيعة من جهتين وتساوى من القيمة نصف ثمن الأرض المبيعة على الأقل .

فهناك إذن ثلاث حالات تثبت فيها الشفعة على أساس الجـوار سنتناولها فى البنود التالية والحكمة من الشفعة فى هـذه الحـالات الثلاث هو منع المضايقة التى قد تصيب الجار إذا لم يكـن لـه أن يأخذ بالشفعة.

فإذا كان للشريك على الشيوع أن يشفع إذا باع شريكه حصـة شائعة فى العقار المملوك لهما على الشيوع منعا لمضايقته ، فلـيس هناك ما يمنع من عدم تقرير الشفعة بسبب الجوار ، فالعلة واحـدة فى الحالتين [١].

---

(١) الشفعة بالجوار فى الفقه الإسلامى :

ثبوت الشفعة بالجوار محل خلاف بين أئمة الفقه الإسلامى .

فقد ذهب الحنفية إلى ثبوت الشفعة للجار، وخالفهم الشـافعية والمالكيـة والحنابلة ، فقالوا لا شفعة بالجوار لقول جابر أنه عليه السـلام قضـى بالشفعة فى كل‌ما لم يقسم فإذا رفعت الحدودوصرفت الطرق فلا شفعة".

أما الحنفية فلهم قوله عليه السلام : " جار الدار أحق بالدار من غيـره" وقوله عليه السلام : " الجار أحق بسقبه (أو بصقبه) ما كان. " أى بطلة قربة فيستحق الشفعة . وعندهم أن حديث جابر معناه أنها لاتجب للجار بقسمة الشركاء ، لأنهم أحق فيه ، وحقه متأخر عـن حقهـم ، وبـذلك يحصل التوفيق بين الأحاديث .

....

حكم القانون المدنى القديم :

كانت المادة ٧٣ من القانون المدنى القديم تنص على أن : " للجار ، بعد الشفيعين السابقين ، حق الشفعة إذا دفع الثمن والمصاريف القانونية" .

حكم قانون الشفعة الصادر فى ٢٦ مارس سنة ١٩٠١ (الملغى) .

كانت الفقرة الثانية من المادة الأولى من هذا القانون تنص على حق الشفعة للجار المالك فى أحوال ثلاثة ، أورد القانون تفصيلاتها . وجعلته المادة الثامنة من القانون فى آخر مراتب الشفعاء ، إذ يأتى بعد مالك الرقبة والشريك وصاحب حق الانتفاع .

(حــالات شفعــة الجـار)

(الحالة الأولى)

(المباني والأراضي الفضاء)

هذه الحالة ، هى الحالة الأولى من الحالات المنصوص عليهـــا فى الفقرة (هــ) من المادة ٩٣٦ مدنى وهى :

" إذا كانت العقارات من المبانى أو من الأراضى المعدة للبنـــاء سواء أكانت فى المدن أم فى القرى " فهى تشمل المبانى والأراضى المعدة للبناء فى المدن والقرى . ونعرض لذلك تفصيلا فيما يلى .

٤٠ ـ المقصود بالمباني :

يقصد بالمبانى كل مجموع من المواد أيا كان نوعها خشـــبا أو حجارة أو حديد اتصل بالأرض اتصال قرار بيد الإنسان .

ويجب أن يكون هذا البناء عقارا بالمعنى القانونى ، أى مستقرا بحيزه ثابتا فيه لايمكن نقله بدون تلف حيث إن الشفعة لاتجــوز إلا بالنسبة للعقارات [١].

وعلى ذلك لاتعتبر الخيمة أو الكشك أو الحظيرة أو الحجــرات الخشبية من النوع المعد للفك والتركيب ، من المبانى .

أما إذا كانت من النوع الثابت الذى يتلفه النقل فإنها تكون قانونا مبان عقارية [٢].

---

(١) نبيل إبراهيم سعد ص ٣٥٠ .

(٢) المستشار عزت حنوره ص ٥٤ .

ويستوى أن يكون البناء فى المدن أو القرى ، داخل الكـــردون أو الحيز العمرانى أو خارجه [١].

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" إن الاستئناف – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة– ينقل الدعوى إلى المحكمة الاستئنافية لتنظرها وفقا لما تقضى به المـــادة ٢٣٣ من قانون المرافعات لا على أساس ما كان مقدما فيهـــا مـــن أدلة ودفوع وأوجه دفاع أمام محكمة أول درجة فحسب. بل أيضـــا على أساس ما يطرح منها عليها ويكون الطرفان لم يبـــدياه أمـــام محكمة أول درجة ، لما كان ذلك وكـــان البـــين مـــن الأوراق أن الطاعن تمسك أمام محكمة الاستئناف بأحقيته فى أخذ العقار المبيع سالف الذكر بالشفعة استنادا إلى أنه يمتلك أرضا ملاصقة لـــلأرض المقام عليها المبنى موضوع النزاع وهى من الأراضى المعدة للبناء وكان الحق فى الشفعة يثبت وفقا للمادة ٩٣٦/٥ من القانون المدنى للجار المالك إذا كانت العقارات من المبانى أو من الأراضى المعدة للبناء سواء أكانت فى المدن أم فى القرى، فإن الحكم المطعون فيه إذ حجب نفسه عن بحث هذا الدفاع الجوهرى الذى قد يتغيـــر بـــه وجه الرأى فى الدعوى ، يكون قد شابه القصور فى التسبيب ممـــا يستوجب نقضه " .

(طعن رقم ٨١٩ لسنة ٥٠ ق جلسة ١٩٨٤/٢/١٥- غير منشور)

---

(١) محمد على عرفه ص ٤٢٠ – السنهورى ص ٧٤٣ .

إلا أنه إذا كان المبنى خارج نطاق الكردون فى المدينة أو الحيز العمرانى للقرية ، فإن العبرة فى تصنيف العقار بأنه بناء أو أرض غير معدة للبناء ، هى بالنظر إلى السمة الغالبة على العقار كله استهداء بطريقة استغلاله أو بما أعد له . فإذا كان المبنى لايعدو أن يكون بضع حجرات لاتشغل سوى جزءا ضئيلا من الأرض التى يتبعها هذا البناء . وكانت هذه الأرض مستغلة فى الزراعة بينما أعد ذلك المبنى ليكون استراحة للعاملين أو المشرفين على الزراعة أو حتى بالمتعلقات الزراعية كانت السمة الغالبة على العقار برمته بما فيه المبنى أنه أرض زراعية [١].

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" إذا كان الحكم قد اعتبر الأرض غير معدة للبناء فلا يكفى للشفعة فيها الجوار من جهة واحدة قد أقام ذلك على أن المنطقة التى تقع فيها واسعة المساحة وغالبها منزرع وأن ما فيها من أبنية قليل ، فإنه لايكون قد أخطأ فى تطبيق القانون (فى فهم معنى الإعداد للبناء قانونا) " .

(طعن رقم ٤٢ لسنة ١٧ ق جلسة ١٩٤٨/٦/١٠)

---

(١) المستشار عزت حنوره ص ٥٤ وما بعدها – فى هذا المعنى السنهورى ص ٧٤٣ هامش (٢) وما بعدها .

٤١ ـ المقصود بالأراضى المعدة للبناء :

الأراضى المعدة للبناء ، هى الأراضى الداخلة فى نطاق المدن (الكردون) أو القرى (الحيز العمرانى) ، حتى لو كان صاحبها قد خصصها مؤقتا لغرض آخر كالزراعة [١]. وعلى ذلك فإن وجود الأرض داخل كردون المدينة أو الحيز العمرانى للقرية قرينة قانونية قاطعة على أن هذه الأرض معدة للبناء دون أى اعتبار للحالة التى هى عليها فعلا أى حتى لو كانت مستغلة بالزراعة [٢].

ولبيان ما إذا كانت الأرض المعدة للبناء داخلة فى كردون المدينة أو الحيز العمرانى للقرية ، يتعين الرجوع إلى الخرائط التى وضعتها الحكومة لتحديد الكردون أو الحيز العمرانى ، فى ضوء القوانين المنظمة لذلك وما صدر بشأنها من قرارات تنفيذية [٣].

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

" ... والأصل فى اعتبار الأرض معدة للبناء يكون بالرجوع إلى الخرائط التى وضعتها الحكومة تحديدا لنطاق المدينة أو القرية

---

(١) محمد على عرفه ص ٤٢٠ .

(٢) المستشار عزت حنوره ص ٥٥- محمد على عمران ص ١١٧- عبد المنعم الصده ص ٤١٢ – الدكتور حسام الدين الأهوانى الحقوق العينية الأصلية – أسباب كسب الملكية ص ١٣٨ ومابعدها .

(٣) السنهورى ص ٧٤٣ – محمد كامل مرسى ص ٢٤٦ .

فى ضوء القانونين سالفى الذكر وما صدر بشأنهما مــن قــرارات تنفيذية ".

(طعن رقم ٢٤٨ لسنة ٥١ ق جلسة ١٩٨٨/٣/٢٤)

أما الأراضى الكائنة خارج كردون المدن أو الحيز العمرانـــى للقرى ، فتتحدد طبيعتها بحسب حقيقة استغلالها ، فإذا كان البـــائع قد أعدها بالفعل لكى تكون أرض بناء ، فإنها تعتبر أرضـــا معـــدة للبناء .

ولايفرق فى هذا الصدد بين الأراضى الصحراوية وغيرهـــا ، فإن كانت الأرض الصحراوية مقسمة لتجهيزها للبناء فهـــى أرض بناء (١).

غير أنه بالنسبة للأراضى الخارجة عن الكـــردون أو الحيـــز العمرانى ، يجب على من يدعى أنها معدة للبناء إثبـــات ذلـــك ، إذ لاتوجد قرينة مطلقة هنا .

والعبرة فى تحديد وصف الأرض بأنها معدة للبناء أو غير ذلك هى بحالتها وقت البيع دون الالتفات إلـــى الاســـتغلال اللاحـــق أو الغرض من الشراء . فإن كانت أرضا زراعيـــة قصـــد المشـــترى إعدادها للتقسيم والبناء فإنها فى مفهوم الشفعة تكون أرضا زراعية لأنه لاعبرة بنية المشترى وإنما العبرة بالحالة التى تكون عليها فعلا

---

(١) السنهورى ص٧٤٣ – عبد المنعم الصده ص ٤١٢ .

وقت التصرف المرتب للشفعة . أى أن العبرة بالتخصيص الحالى للأرض ، لا بالتخصيص الاحتمالى لها [١].

ولايقدح فى ذلك ربط ضريبة الأطيان على هذه الأراضى، لأن ربط الضريبة عمل إدارى ، لا إرادة للأفراد عليه وأنه يرجع إلى طبيعة استغلال الأراضى وليس لطبيعة الأرض نفسها ، وبالتالى فهو لايغير من طبيعتها .

كما أن ربط هذه الضريبة على قطعة أرض لايقوم فى ذاته بحسب المعايير السليمة دليلا قاطعا على أنها تعتبر فى طبيعتها من الأراضى الزراعية [٢].

ولايكفى إعداد الأرض إعدادا فعليا للبناء ، بل يجب أن يكون ذلك فى حدود ما تسمح به القوانين واللوائح . خاصة التشريعات التى تستهدف بها الدولة الحافظة على الرقعة الزراعية عن طريق حظر ترك الأرض بغير زراعة أو تبويرها (مادتان ١٥١، ١٥٥ من قانون الزراعة رقم ٥٣ لسنة ١٩٦٦ المعدل بالقانون رقم ٢ لسنة ١٩٨٥) ، وحظر إقامة مبان أو منشآت فى الأراضى الزراعية أو اتخاذ أية إجراءات فى شأن تقسيم الأراضى لإقامة

---

(١) محمد حسام الأهوانى ص١٣٩ – المستشار عزت حنوره ص٥٥ ومابعدها .

(٢) نبيل سعد ص ٣٥١ .

مبان عليها (م١٥٢ من القانون رقم ٥٣ لسنة ١٩٦٦ المعدل بالقانون رقم ١١٦ لسنة ١٩٨٣) . ويعتبر هذا القانون في حكم الأراضي الزراعية الأراضي البور القابلة للزراعة داخل الرقعة الزراعية [١].

وكون الأرض غير الداخلة فى نطاق كردون المدينة أو الحيز العمرانى للقرية ، قد أعدت فعلا للبناء أم لا ، مسألة واقع يبت فيها قاضى الموضوع ، دون معقب عليه من محكمة النقض .

ولاتكون الأرض معدة للبناء إذا كانت المنطقة التى تقع بها واسعة المساحة وغالبها منزرع وأن ما فيها من أبنية قليل .

(راجع نقض طعن رقم ٤٢ لسنة ١٧ ق جلسة ١٩٤٨/٦/١٠- منشور ببند ٣٠)

٤٢ـ يشترط للأخذ بالشفعة التلاصق بين العقارين :

يشترط للأخذ بالشفعة أن يكون العقار المشفوع فيه والعقار المشفوع به متلاصقين من جهة واحدة .

غير أنه لايشترط أن يكون التلاصق بالبناء المشفوع فيه، بل تكفى الملاصقة بالأرض التى عليها البناء . وهذا واضح من تقرير الشفعة فى الأراضى المعدة البناء . فإذا كان منزلا مقاما فى وسط أرض ، وبيعت الأرض والمنزل تثبت الشفعة فيها لكل جار ملاصق للأرض .

---

(١) نبيل سعد ص ٣٥٢ .

فإذا كان المبيع دارا لها بستان وبيع عقار ملاصق للبستان تثبت الشفعة [١].

ويرى البعض أن للقاضى أن يقدر فى كل حالة ما إذا كان التلاصق بامتداد كاف يبرر الشفعة [٢]، ومقتضى هذا القول أنه يكون للقاضى أن يرفض الحكم بالشفعة إذا لم يكن التلاصق بامتداد كاف يبررها فى تقديره .

وهذا الرأى فضلا عما فيه من إفساح المجال للتحكم وما يستتبعه ذلك من تناقض بين الأحكام فى الحالات المتشابهة ، فإنه مخالف أيضا لما هو ثابت عند علماء الحنفية الذين انفردوا بتقرير شفعة الجار من أنه لا عبرة بامتداد مكان الملاصقة ، فالملاصق فى طول متر من حد كالملاصق من الحدود الأربعة، بل إن الملاصقة تتحقق ولو قصرت حتى لم تجاوز شبرا [٣].

وبهذا الرأى أخذت محكمة النقض ، إذ قضت بتاريخ أول أبريل سنة ١٩٥٤ فى الطعن رقم ٢٠٦ لسنة ٢١ ق بأن :

" لما كانت المادة الأولى من ديكريتو ٢٣ مارس سنة ١٩٠١ المنطبق على واقعة الدعوى قد اشترطت فى فقرتها الأولى لثبوت الشفعة للجار المالك أن تكون أرض هذا الجار ملاصقة للأرض

---

(١) محمد كامل مرسى ص ٢٣٢ – محمد على عرفه ص ٤٢٠ .
(٢) محمد كامل مرسى ص ٢٣٢ .
(٣) محمد على عرفه ص ٤١٩ ومابعدها .

المشفوعة من جهتين وتساوى مــن الــثمن نصــف ثمــن الأرض المشفوعة على الأقل ، وكان الشارع قد استمد شفعة الجار من فقه الحنفية مكملا بما أورده فى المادة الآنف ذكرها من شروط ، وكان الرأى فى هذا المذهب هو أن التلاصق ولو بشــبر واحــد يكفــى ويستوى مع التلاصق من ثلاث جهات فى حق الشفعة – لما كــان ذلك – فإنه يكون مخالفا للقانون وللمصدر الذى استمد منه الشارع شفعة الجار أن يضيف الحكم المطعون فيه إلى القيود التى أوردهــا النص قيدا لم يرد فيه بأن يشترط لثبوت الشفعة للجــار المالــك أن يكون التلاصق على امتداد كاف في حين أنه من المقرر فى قواعد التفسير أن لا مساغ للاجتهاد في النص ، وأن المطلق يجرى علــى إطلاقه " .

ولا يشترط أن تكون الملاصقة لنفس القطعة المبيعة ، بل يكفى أن تحقق مع العقار الذي بيع جميعه ، أو بيع جزء منه وإن لم يكن ذلك الجزء ملاصقا . فإذا بيع من دار جانب معــين منهــا ، كــان لجميع جيرانها الملاصقين حق أخذ المبيع بالشفعة ، لا فرق في ذلك بين جار ملاصق لنفس الجزء المبيع وجــار لا يلاصــقه وإنمــا يلاصقه بقية الدار [١].

ويجب أن يكون التلاصق موجودا وقت البيع إلى وقت طلــب الشفعة .

---

(١) محمد على عرفه ص ٤٢١ – السنهورى ص ٢٤٦ .

ولم يفرض القانون ثمة شرط آخر يتعلق بالصلة بين العقارين، لا من حيث قيمة أيهما بالنسبة للآخر أو ارتباطهما بحق ارتفاق ، أو تعدد مواضع الالتصاق .

ولا يشترط أن يكون العقاران بناء أو أرضا معدة للبناء ، فقد يكون أحدهما بناء والآخر أرضا معدة للبناء ، أو أن يكون كل منهما بناء أو أرضا معدة للبناء [1].

٤٣ـ الشفعة فى العقار المقسم إلى طبقات أو شقق لملاك متعددين :

الغالب أن يكون الالتصاق فى البناء أفقيا بمعنى أن يكون التلاصق من الجهة البحرية أو القبلية أو الشرقية أو الغربية ، إلا أنه يصبح أن يكون رأسيا ، بمعنى أن يكون التلاصق من أعلى أو من أسفل .

وهذا يتحقق فى ملكية الطبقات والشقق المملوكة لملاك متعددين. فيكون التلاصق بين الطبقات بين مبنى الطبقة من أعلاها أو من أسفلها . فالطبقة العليا تلاصق التى تحتها ، والطبقة الوسطى تلاصق كلا من التى تعلوها والتى أسفلها ، أما الطبقة الدنيا فلا تلاصق سوى الطبقة التى تعلوها .

---

(١) حسام الدين الأهوانى ص ١٣٩ .

ومن ثم إذا بيعت الطبقة العليا ، قام حق الشفعة بالجوار لصاحب الطبقة التي تحتها مباشرة دون التي تليها من أسفل . وإذا بيعت الطبقة الوسطى ثبت حق الشفعة لمالك الطبقة التي تعلوها ومالك الطبقة التي أسفلها [١].

وإذا كان المبنى مقسما إلى شقق لكل منها مالك ، فإن حق الشفعة يثبت بالجوار الرأسي كما ذكرنا بالنسبة لملكية الطبقات ، ويضاف إليه ثبوت حق الشفعة لكل جار تلاصق شقته للشقة المبيعة أفقيا أى تلاصقها تماما ، ولكن لاتثبت الشفعة لمالك شقة أخرى غير ملاصقة للشقة المبيعة. أي تكون الشفعة لصاحب الشقة التى تعلو الشقة المبيعة ، ولصاحب الشقة التى أسفلها ولصاحب الشقة الملاصقة لها.

ويذهب رأى فى الفقه إلى أبعد من ذلك ، ويقيم شفعة أصحاب الطبقات والشقق لا على مجرد الجوار الرأسى، ولكن أيضا على الشركة فى الشيوع . ذلك بأن أبنية الطبقات والشقق تقوم كلها على الأرض ، والأرض تعتبر ملكا شائعا لجميع ملاك الطبقات ، وتنص المادة ١/٨٥٦ مدنى صراحة فى هذا المعنى على أنه : " إذا تعدد ملاك طبقات الدار أو شققها المختلفة ، فإنهم يعدون شركاء فى

---

(١) محمد كامل مرسى ص ٢٣٨ – السنهورى ص ٧٥٢ – عبد المنعم الصده ص ٤١٣ – محمد على عرفه ص ٤٢٤ .

ملكية الأرض " ، فصاحب الطبقة أو الشقة إذا باعها إنما يبيع معها حصته الشائعة في الأرض التي أقيمت عليها طبقته فيشفع الشركاء الآخرون كل بحصته الشائعة في الأرض في الطبقة أو الشقة التي بيعت والشيوع هنا إجباري لا يستطيع أن يطلبوا فيه القسمة ليتخلصوا من مضاره ، فأولى أن يكون لهم حق الشفعة حتى يتخلصوا من هذه المضار ولو تخلصا جزئيا .

ويترتب على ذلك أن صاحب الطبقة أو صاحب الشقة يكون شفيعا في كل الطبقات أو الشقق الأخرى ، ولو لم تكن ملاصقة لطبقته لأنه لا يشفع باعتباره جارا ملاصقا ، وإنما يشفع باعتباره شريكا في الشيوع في الأرض التي أقيمت عليها الطبقات [1].

وحتى إذا لم تكن الأرض المقامة عليها البناء مملوكة لغير أصحاب البناء ، فإن صاحب الطابق أو الشقة يكون له حصة شائعة في حق القرار بالبناء على هذه الأرض يبرر له الأخذ بالشفعة [2].

أما بالنسبة لصاحب الأرض الذي لم يتخل عن ملكيتها لأصحاب البناء ، فإنه لا يعدو أن يكون مالكا لرقبة الأرض فقط ، إذ أن منفعتها مثقلة بحق القرار بالبناء . ولذا يحق له بهذه الصفة أن

---

(١) السنهورى ص ٧٥٣- في هذا المعنى محمد على عرفه ص٤٢٤- المستشار عزت حنوره ص ٨٤ وما بعدها .

(٢) المستشار عزت محمد حنوره ص ٨٤ وما بعدها .

يطلب الأخذ بالشفعة في بيع البناء القائم على أرضه ، كله أو في بيع حصة شائعة فيه أو جزء مفرز منه .

وهذا الرأي رغم وجاهته فهو ليس الرأي الراجح [١].

غير أنه يحد من إمكانية صاحب الأرض في طلب الأخذ بالشفعة في بيع إحدى الوحدات المبنية المقامة عليها ، حينما يكون هو الذي أقام البناء أصلا وقام بتمليكه إلى مشترين، ما جرى عليه قضاء محكمة النقض من أن قيام مالك الأرض بإقامة بناء عليها بقصد تمليك طوابقه وشققه بطريق البيع ، يعد نزولا منه عن حقه في أخذ الطوابق والشقق عند إعادة بيعها بالشفعة ، باعتباره المفهوم الصحيح لإرادة المالك الأصلي في نظام تمليك الطوابق والشقق [٢].

(أنظر في التفصيل بند ١٥٢) .

٤٤ـ الشفعة في البناء إذا بيع مستقلا عن الأرض :

تجوز الشفعة في البناء ، ولو بيع مستقلا عن الأرض المقام عليها ، ولا يوجد ما يمنع المالك الذي لايملك إلا البناء من أن يشفع في العقار المبيع ، فإذا بيعت أرض مع البناء الذي عليها ، أو بيعت الأرض من غير البناء ، أو إذا بيع البناء من غير الأرض ، كما إذا باع صاحب الطابق الثانى من منزل – لايملك فيه الطابق الأسفل–

---

(١) السنهورى ص ٨١٤ .

(٢) المستشار عزت محمد حنوره ص ٨٥ .

طابقه ، فإنه يجوز للجار ، سواء كان مالكا للأرض وما عليها من البناء ، أم للبناء فقط ، أن يطالب بالشفعة إذا توافرت لديه شروط الجوار بالنسبة إلى ما يشفع فيه ، وذلك لأنه بالنسبة إلى العقار المشفوع لم يحتم القانون أن يكون أرضا ، والمادة ٩٣٦ صريحة فى جواز الشفعة فى البناء ، إذ جاء فيها عند الكلام فى أحوال الجار أن الشفعة تثبت للجار " إذا كانت العقارات من المبانى أو من الأراضى المعدة للبناء " ، ولم ينص فيها على أن البناء يجب أن يكون تابعا للأرض .

وبالنسبة إلى العقار المشفوع به نرى الشارع لم يخصص أيضا عقار الشفيع ، فالنص صريح كما قلنا – فى أن حق الشفعة يثبت "للجار المالك " إذا كانت العقارات من المبانى أو من الأراضى المعدة للبناء .

يضاف إلى ما تقدم أن القول بعدم إجازة الشفعة فى البناء يتعارض مع الغرض الذى من أجله شرعت الشفعة بالنسبة إلى الضرر الذى يقع ممن ينتقل إليه البناء المبيع ويتأذى منه الذى يريد المطالبة بالشفعة . وإذا كان طالب الشفعة لايملك إلا البناء دون الأرض فقد يكون الضرر الذى يلحقه ممن انتقل إليه العقار المبيع أبلغ من الضرر الذى يلحق مالك الأرض .

ولذلك فإنه إذا بيع عقار فإنه يجوز لكـل مـن مالـك الأرض المجاورة ولمالك البناء المجاور (إن لم تكن الأرض والبناء لمالـك واحد) أن يطالبا بالشفعة[1] .

وبهذا الرأى أخذت محكمة النقض إذ قضت بأن :

" إن عقد البيع غير المسجل يولد فى ذمة البائع التزاما بتسـليم المبيع وبالوفاء به يصبح المبيع فى حيازة المشترى له أن ينتفع بـه بجميع وجوه الانتفاع ومنها البناء على سبيل البقاء والقرار . ومتى أحدث المشترى بناء على الأرض المبيعة له يصبح هذا البناء عقارا ملكا له ملكية مصدرها واقعة البناء بماله على سبيل البقاء والقرار، ومن ثم يقوم به سبب الشفعة بوصفه جارا مالكا للبناء . ولا مخالفة فى ذلك لقانون التسجيل . ذلك أن الشفيع مشترى الأرض بعقد غير

---

(١) محمد كامل مرسى ص٢٣٥ ومابعدها – عبد المنعم الصده ص ٤١٤ – عبد المنعم البدراوى ص ٣٤٧ – الدكتور لاشين محمد يونس الغايـاتى التزاحم بين الشفعاء عند تعددهم فى الفقه الإسلامى والقـانون المـدنى بحث منشور بمجلة كلية الشريعة والقـانون بطنطـا العـدد ١٦ لسـنة ١٤٢٣هـ – ٢٠٠٣ م الجزء الأول ص ١٧ – وعكس ذلك أحمد فتحى زغلول فى شرح القانون المدنى ص ٨٦– عبد السلام ذهنى فى الأموال ص ٦٨١ فيربطان بين الأرض والبناء الذى يقام عليها ، فلا يجيـزان الشفعة لمن يملك البناء دون الأرض ، ولا يجيزانها فى البنـاء إذا بيـع مستقلا عن الأرض .

مسجل لايؤسس حقه فى طلب الشفعة على عقد شرائه وإنما يقيمه على ملكية البناء استقلالا عن الأرض . كما لا مخالفة لأحكام الملكية بالالتصاق قولا بأن بائع الأرض يعتبر فى حكم القانون وبالنسبة إلى الكافة هو وحده مالك البناء الذى أقامه المشترى الذى لم يسجل عقد شرائه ، ذلك بأن القانون إذ يعتبر مالك الأرض مالكا للبناء بفعل الالتصاق إنما يقرر فى صالح الأرض قرينة غير قاطعة لإثبات العكس ، كما إذا خول مالك الأرض لمستأجرها الحق فى إقامة المنشآت وتملكها ، فإنه فى هذه الحالة يعتبر مالكا لما يقيمه عليها من بناء على اعتبار أنه عقار. فمناط تطبيق قواعد الالتصاق ألا يكون ثمة إذن صريح أو ضمنى من مالك الأرض للغير بإحداث هذا البناء ، فحيثما وجد اتفاق أو إذن امتنع التحدى بقواعد الالتصاق وفقا لأحكام المادة ٦٥ من القانون المدنى القديم ، ووجب اعتبار البناء عقارا مستقلا عن الأرض وملكا خالصا لمن أقامه . ولانزاع فى أن البائع ، وهو ملتزم بتسليم المبيع للمشترى وعدم التعرض له ، إذا ما أوفى بهذا الالتزام فقد نقل إلى المشترى حيازة المبيع ، وكان لهذا الأخير أن ينتفع به بكافة وجوه الانتفاع ومنها البناء على سبيل البقاء والقرار " .

(طعن رقم ٣١ لسنة ١٨ ق جلسة ١٩٥٠/١/١٢)

٤٥ـ هل يجوز للمنتفع والمحتكر أخذ البناء بالشفعة ؟

ذهب رأى فى الفقه إلى أنه لايجوز للمنتفع أو المحتكر ، طلب أخذ العقار المجاور بالشفعة لعدم توافر حكمتها وهى التضرر من الجوار على الدوام ، ذلك لأن حق المنتفع على ما يحدثه فى الأرض من بناء هو بالضرورة حق مؤقت يزول بزوال حق الانتفاع ، ثم تؤول هذه المبانى عندئذ إلى مالك الأرض الذى يلتزم بتعويض المنتفع وفقا لأحكام الالتصاق .

أما بناء المحتكر على الأرض المحكرة وإن كان له حق البقاء والقرار، فإن بقاء هذا الحق مرهون بالمصلحة وقيام المحتكر بدفع أجر الأرض المحكرة ، فإذا لم يتوافر هذان الشرطان سقط حق القرار وأزيل البناء ، ولذا لايماثل حق المالك فى بقائه ودوامه ، فلا يكون مثله فى أحكامه . هذا فضلا عن أن التحكير أصبح مؤقتا بمدة لاتزيد على ستين سنة (م٩٩٩) ، ومن ثم لا يتوافر بالنسبة إلى المحتكر ضرر بالجوار على الدوام .

وإذا كان ذلك فإنه لايستقيم وصف المحتكر أو المنتفع بأنه "جاز مالك " إذ أن صفة المالك لاتثبت إلا لصاحب الحق الدائم ، وهو ما لايصدق على أى منهما .

هذا فضلا عن أنه لايجوز أن تثبت الشفعة فى حق دائم ، وهو حق الملكية ، لصاحب حق مؤقت كالانتفاع والحكر ، إلا فى الحالة

الاستثنائية التى قررها القانون ، وكان قصد المشرع منهـا جمـع عناصر الملكية فى يد واحدة .

وظاهر أن طالب الشفعة هنا لايبتغى تحقيق هذا القصد ، بل إنه يرمى إلى اكتساب حق دائم على ملك الغير ، بينما حقه الذى يشفع به مصيره الحتمى إلى الزوال ، وما لهذا شرعت الشفعة بما فيهـا من مصادرة للملكية وعدوان على حرية المالك فى التصرف فـى ملكه . ويستطرد هذا الرأى أن ما يقول به يتفق تماما مـع اتجـاه المشرع فى التقنين المدنى الجديد ، حيث ذهب إلى التضـييق مـن نطاق شفعة المنتفع والمحتكر إلى أبعد الحدود ، فلم يجعل المنتفـع شفيعا إلا فى الجزء من ملكية الرقبة الملابس لحقه ، كما أنه قصر حق المحتكر فى الشفعة على ملكية الرقبة، وتلك أوضاع اسـتثنائية بحتة لايسوغ بحال التوسع فيها [١].

غير أن الرأى الغالب يذهب إلى أنه يحق للمنتفع والمحتكر أخذ المبنى المجاور له بالشفعة، شأنه شأن صاحب العلو ، تأسيسا على أن لهما حق القرار ، ويملكان البناء [٢].

---

(١) محمد على عرفه ص ٤٢٢ .

(٢) محمد كامل مرسي ص ٢٤٠ وما بعدها – السنهورى ص ٧٤٧ هامش (١) – عبد المنعم الصده ص ٤١٣ ومابعدها – عبد المـنعم البـدراوى ص ٣٤٧ ومابعدها – نبيل سعد ص ٣٥٣ – ويرى البعض أنه فى هذه

٤٦ـ لايجوز للمستأجر الذى أقام بناء الأخذ بالشفعة :

إذا أقام المستأجر بناء على الأرض المؤجرة مملوكا لــه فــلا يجوز له أخذ مبنى ملاصق بالشفعة ، ذلك أن حق المستأجر علــى المبانى التى أنشأها على العين المؤجرة لايعــدو أن يكــون حقــا مصيره الحتمى إلى الزوال بانتهاء الإيجار إذ لايكتسب عليها حقــا بوصفها مالا ثابتا إلا فترة محددة ، فلا يجوز له أن يحصل بموجب هذا الوضع على حق دائم على ملك الغيــر بأخــذ العقــار المبيــع بالشفعة باعتباره جارا مالكا .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- "إنه وإن كان للمحتكر وفق النظام المقرر فــى الشــريعة الإسلامية أن يشفع ببنائه إلا أنه لايصح أن تقاس حالته على حالــة

الحالة يجوز للشفيع أن يشفع بالبناء الذى يملكه دون الأرض ، وله أيضا أن يشفع بحق الانتفاع أو بحق الحكر الثابت له فى الأرض وهو حــق عينى فى عقار فيكون عقارا متميزا عن رقبة الأرض . وهو فى الواقع من الأمر يشفع بالعقارين معا ، البناء المقام على الأرض وحق الانتفاع أو حق الحكر الثابت له فى الأرض ، فيشفع بالبناء مقترنا بحق القــرار على الأرض فيكفى أن تكون الأرض دون البناء هى الملاصقة للعقــار المشفوع فيه (السنهورى ص ٧٤٧ هامش (١) – المستشار عزت حنوره ص ٦٤) – ويرى البعض الآخر أن فى ذلك توسعا ليس له ما يبــرره خاصة وأن الشفعة وردت على خلاف الأصل والقياس فلا يجوز التوسع فى تفسيرها .

المستأجر الذى يقم بناء على الأرض التـــى اســتأجرها ، ذلــك أن المحتكر طبقا للنظام المشار إليه له حق عينى تتحمله العين فى يــد كل حائز لها ، ويراد به استبقاء الأرض للبناء تحت يــد المحتكــر مادام قائما بدفع أجر المثل ، فهو مالك لمنافع العين ملكا أبديا بدوام دفعه أجرة المثل بخلاف المستأجر فإن عقد الإيجار لايخوله إلا حقا شخصيا قبل المؤجر ولايعطيه حق البقاء والاستقرار على الدوام فلا يثبت له حق الشفعة بوصفه جارا مالكا للبناء " .

(طعن رقم ١٠ لسنة ٢٢ ق جلسة ١٩٥٥/٢/٣)

٢- " حق المستأجر على المبانى التى أنشــأها علـــى العـــين المؤجرة لايعدو أن يكون حقا مصيره الحتمى إلى الزوال بانتهــاء الإيجار إذ لايكتسب عليها حقا بوصفها مالا ثابتا إلا لفترة محدودة ، فلا يجوز له أن يحصل بموجب هذا الوضع على حق دائــم علـــى ملك الغير بأخذ العقار المبيع بالشفعة باعتباره جارا مالكا ".

(طعن رقم ١٨٤ لسنة ٣٦ ق جلسة ١٩٧٠/١٠/٢٧)

(الحالة الثانية)
الشفعة فى الأراضى غير المبنية
وغير المعدة للبناء

تنص المادة ٩٣٦ مدنى على أن يثبت الحق فى الشفعة :

(هـ) للجار المالك فى الأحوال الآتية :

١- ....

٢- إذا كان للأرض المبيعة حق ارتفاق على أرض الجار ، أو كان حق الارتفاق لأرض الجارعلى الأرض المبيعة .

٣- إذا كانت أرض الجار ملاصقة للأرض المبيعة من جهتين وتساوى من القيمة نصف ثمن الأرض المبيعة على الأقل .

وهذه الحالة تشمل الأراضى الزراعية والصحراوية خارج حدود المدن والقرى . وهى تشتمل صورتين لم يكتف المشرع فيهما بمجرد التلاصق كما هو الشأن فى الحالة السابقة وإنما تشدد وتتطلب شروطا إضافية أخرى ، ونعرض لذلك بالتفصيل فيما يلى.

(الصورة الأولى)
تلاصق أرض الجار للأرض المبيعة
مع وجود ارتفاق

فى هذه الصورة أضاف المشرع فيها إلى شرط التلاصق ولو من حد واحد، والذى يتحقق معه الجوار بالتفصيل الذى عرضنا له، أن يكون للأرض المبيعة حق ارتفاق على أرض الشفيع ، أو أن يكون للأرض المبيعة حق ارتفاق على أرض الشفيع .

ونعرض لشرطى التلاصق ثم لشرط الاتفاق .

٤٧ ـ الشرط الأول :
التلاصق من جهة :

يجب أن يكون الشفيع جارا ، أى ملاصقا للأرض المشفوعة، وتكفى الملاصقة من جهة واحدة ومن أى ناحية من الأرض من أعلى أو من أسفل ، كما هو الشأن فى المبانى والأرضى المعدة للبناء .

وتكفى الملاصقة فى أى مساحة ولو بشبر واحد وقد عرضنا لذلك تفصيلاً في موضعه.

٤٨ ـ ما ينتفى به التلاصق :

ينتفى التلاصق الواجب لثبوت الحق فى الشفعة بما يأتى :

١ - ملكية الشفيع لمسقاة فقط مجاورة للأرض المشفوع فيها :

وفى هذا قضت محكمة النقض بـأن :

١- " المادة ٩٣٦ من القانون المدنى قد جرى نصها علـى أن يثبت الحق فى الشفعة للجار المالك فى الأحوال الآتية : (١) ..... (٢) إذا كان للأرض المبيعة حق ارتفاق على أرض الجار أو كـان حق الارتفاق لأرض الجار على الأرض المبيعة . (٣) ... ومفـاده أنه يجب لقيام حق الجار فى الأخذ بالشفعة وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة أن تكون الأرض المشفوع بها والأرض المشفوع فيها متلاصقين وأن يكون لأي من الأرضين حق ارتفاق على الأخـرى بحيث يترتب على الأخذ بالشفعة أن يـزول حـق الارتفـاق فـى الفرضين لما كان ذلك ، **فإن تمسـك الطـاعن بملكيتـه للمسـقاة لايجديه القول بتوافر شروط الشفيع فيـه إذ أن ملكيـة المسـقاة وحدها لاتتحقق بها صفة الجوار المثبتة للحق فى الشفعة** " .

(طعن رقم ٧٦٥ لسنة ٤٥ ق جلسة ١٩٨٠/٥/٢٨)

٢- "يتعين لتوافر الجوار كسبب للأخـذ بالشـفعة التلاصـق المباشر بين الأرضين بحيث لا يفصل بينهما أى فاصل كطريق أو مشقة كما يتعين لتوافر حق الارتفاق كسبب لها أن يكون لأيهما حق ارتفاق مباشر على الأخرى لا أن يشتركا فى حق ارتفاق على عين أخرى " .

(طعن رقم ١٢٧٤ لسنة ٥١ ق جلسة ١٩٨٥/١/١٣)

٢- وجود فاصل غير مملوك للشفيع بين العقارين :

وعلى ذلك إذا فصل بين العقارين ترعة عامة أو مصرف عام انتفى التلاصق الذى يجيز الشفعة . لكن إذا كان هذا الفاصل مملوكا للشفيع أو مملوكا للبائع أو مشتركا بينهما كما لو كــان مصــرفا أو مسقى فإن هذا التلاصق يتحقق . وعلى العكس من ذلك إذا كان هذا الفاصل قطعة أرض مملوكة للغير أو مملوكة للبائع دون الشفيع ولم يشملها البيع فإن هذا التلاصق ينتفى تماما . علـــى أنـــه إذا كانـــت قطعة الأرض الفاصلة بين العقارين قد اقتطعها البائع مـــن الأرض المبيعة ليحتفظ بملكيتها ولايدخلها فى البيع وذلك على سبيل التحايل لمنع الشفعة فإنه يرد عليه سوء قصده ويعطى للشفيع الحـــق فـــى إثبات هذا التحايل بكافة طرق الإثبات ، فإن أفلح فى ذلك فإنه يحق له الأخذ بالشفعة[1] .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

١- " المصرف الذى يفصل بين جارين لايعتبر معه التلاصـــق بين الأرضين غير قائم إلا إذا كان غير مملوك للجارين . أمـــا إذا كان مشتركا بينهما فالتلاصق قائم " .

(طعن رقم ٨٩ لسنة ١٤ ق جلسة ١٩٤٥/٢/١)

---

(١) السنهورى ص ٧٤٨ ومابعدها- نبيل سعد ص ٣٥٥ ومابعدها .

٢- " إن التحيل لإبطال الشفعة مناقض للغرض المقصود منها لأن الشفعة شرعت لدفع الضرر .

فإذا ما أجيز التحيل لإبطالها كان ذلك عودا عن مقصود الشارع يلحق الضرر الذى قصد إبطاله ، فكل تحيل لإبطال الشفعة لايصح للمحاكم أن تقره بوجه من الوجوه " .

(طعن رقم ١٠٥ لسنة ١٤ ق جلسة ١٩٤٥/٥/١٧)

٣- " إذا استخلصت محكمة الموضوع أن المسقاة الخصوصية الفاصلة بين أرض الشفيع والأرض المشفوع فيها مملوكة مناصفة للاثنين مما يفيد أن حق ارتفاق الرى المقرر عليها هو مقرر على ذات الأرض المشفوع فيها التى يدخل فيها نصف المسقاة فإنها لاتكون بذلك قد خالفت القانون ".

(طعن رقم ١٦٦ لسنة ١٨ ق جلسة ١٩٥٠/١١/٢٣)

٤- " إذا كان كل ما قصده الحكم بالغش أو التدليس الذى أسنده إلى الطاعن إنما هو الاحتيال بقصد تعطيل حق مفرز بمقتضى القانون وهو عمل لايجوز إقرار مرتكبه عليه ويجب رد سعيه إليه، وكان الحكم قد استخلص عناصر الاحتيال من الوقائع التى أوردها والتى يبين منها بجلاء أن الطاعن قد لجأ إلى الحيلة لإسقاط حق

المطعون عليه الأول فى الشفعة فإن النعى عليه بالقصور او مخالفة القانون فى هذا الخصوص يكون على غير أساس " .

(طعن رقم ٢١٠ لسنة ٢٠ ق جلسة ١٩٥٣/٣/٢٦)

ولايوجد ما يمنع قانونا من أن يكون الطريق المقرر عليه حق الارتفاق هو ذاته الذى يتوافر به الجوار .

وقد قضت محكمة النقض بـأن :

"متى كان كل من صاحبى الأرضين يملك نصف السكة الزراعية التى اتفقا على عملها على حسابهما ، وكان لكل منهما حق الانتفاع بالمرور فيها كلها ، فإن كلا منهما فى انتفاعه بالمرور فيها إنما يستعمل حق ملكية فى النصف المجاور لأرضه وحق الارتفاق على النصف الآخر . ولايوجد قانونا ما يمنع من أن يكون الطريق المقرر عليه حق الارتفاق هو نفسه الذى يتوافر به الجوار".

(طعن رقم ٩٧ لسنة ١٣ ق جلسة ١٩٤٤/١٢/٢١)

٤٩ ـ الشرط الثانى :

أن يكون للأرض المبيعة حق ارتفاق على الأرض المشـفوع بها أو العكس .

مقتضى هذا الشرط أن يكون للأرض المبيعة حق ارتفاق على الأرض المشفوع بها أو كان لهذه الأخيرة حق ارتفاق على الأرض المبيعة .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" إن الفقرة (هـ) من المادة ٩٣٦ من القانون المدنى إذ نصت على ثبوت الحق فى الشفعة للجار المالك فى الأحوال الآتية (١) إذا كانت العقارات من المبانى أو من الأراضى المعدة للبنـاء سـواء أكانت فى المدن أم فى القرى. (٢) إذا كان للأرض المبيعـة حـق ارتفاق على أرض الجار أو كان حق الارتفاق لأرض الجار علـى الأرض المبيعة (٣) إذا كانت أرض الجار ملاصقة للأرض المبيعة من جهتين وتساوى من القيمة نصف ثمن الأرض المبيعـة علـى الأقل ، فقد دلت على أنه يكفى للأخذ بالشفعة فى الحالـة الأولـى حيث يكون العقاران المشفوع به والمشفوع فيه من المبانى أو مـن الأرض المعدة للبناء أن يكونا متجاورين أى متلاصقين مـن جهـة واحدة دون أى شرط آخر ، ومن ثم لايثبت الحق فى الشفعة للجار المالك لأرض زراعية إذا كان العقار المجاور المبيع من المبانى أو

من الأراضى المعدة للبناء ، ذلك أن الأراضى غير المعـدة للبنـاء لايكفى فيها للأخذ بالشفعة مجرد التلاصق بـل يجـب أن يكـون للأرض أو عليها حق ارتفاق أو يكون التلاصق من جهتـين مـن اشتراط قيمة معينة للعقار المشفوع به كما هو الحال فى الحـالتين الثانية والثالثة فقرة (هـ) من المادة ٩٣٦ سالفة البيان " .

(طعن رقم ٧٧١ لسنة ٤٧ ق جلسة ١٩٨٠/٤/١٥)

والحكمة من الشفعة فى هذه الحالة تخلـيص العقـارات ممـا يحملها من حقوق ارتفاق باعتبارها أعباء على الملكية ، فالشـفعة تسمح بالقضاء على الارتفاق عن طريق اتحاد الذمة أى بتملك كـل من العقار الخادم والعقار المخدوم . فالشفعة تؤدى من جهـة إلـى التخلص من الارتفاق ، وهذا يؤدى من جهة أخـرى إلـى تفـادى أسباب المنازعات التى قد تثور بمناسبة استعمال حق الارتفاق[١] .

ولايشترط للأخذ بالشفعة أن تؤدى الشفعة إلى تخليص العقارات مما يحملها من حقوق ارتفاق كلية بل يكفى تخليصها منها جزئيا .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

" وحيث أن النعى سديد ذلك أن مفاد النص فى المادة ٩٣٦/هـ من القانون المدنى على أن للجار للمالك أن يطلب الشفعة إذا كـان للأرض المبيعة حق ارتفاق على أرض الجار أو كان حق الارتفاق

---

(١) حسام الدين الأهوانى ص ١٤٠ .

لأرض الجار على الأرض المبيعة أن المشرع لم يشترط للأخذ بالشفعة أن يزول حق الارتفاق بين العقارين إذا اجتمعا في يد واحدة هي يد الشفيع وأن يزول هذا الحق في الوقت ذاته بالنسبة للعقارات الأخرى التي تشترك فيه – فزوال– هذا الحق كلية– ليس شرطا من شروط الأخذ بالشفعة وقد استهدف المشرع من ذلك تحرير العقارين من ريعه الارتفاق ولو جزئيا باجتماعهما في يد واحدة وهو ما يتأدى إلى أسباب النزاع عند تعدد الملاك . لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه لم يلتزم هذا النظر واشترط للأخذ بالشفعة زوال حق الارتفاق كلية ، فإنه يكون قد عابه الخطأ في تطبيق القانون وهو ما حجبه عن تناول الدفع بالصورية وإنزال أثرها سلبا أو إيجابا على وقائع الدعوى مما يوجب نقض الحكم " .

(طعن رقم ٤٢٨ لسنة ٥٥ ق جلسة ١٩٩١/٥/٢٩)

ولا أهمية لنوع المصدر المنشئ لحق الارتفاق ، فيستوى أن يكون مصدره الاتفاق كارتفاق الشرب أو المجرى أو الصرف أو المرور ، أو يكون مصدره الوصية أو تخصيص المالك الأصلي أو التقادم (١).

---

(١) السنهورى ص ٧٥٦ – المستشار عزت حنوره ص ٦٦ – وقد قضت محكمة النقض بأن :

إذا كان الثابت أن الأرض المشفوع بها تروى بمرور المياه من فتحة في ترعة إلى ساقية تابعة للأرض المشفوع فيها ومنها إلى ساقية تابعة

وقد ذهب رأى إلى أن حق الارتفاق الذى يجيز الأخذ بالشفعة هو حق الارتفاق بالمعنى الدقيق ، وبالتالى لاينصرف إلى القيود القانونية الواردة على حق الملكية ، كحق المرور فى أرض الجار للوصول إلى الطريق العام ، لأن هذه القيود مصدرها القانون وهو ليس من المصادر التى يجوز أن ينشأ بها حق الارتفاق عملا بالمادتين ١٠١٦ . ١٠١٧ مدنى[1] بينما ذهب رأى آخر إلى أن حق الارتفاق الذى يجيز الأخذ بالشفعة يشمل حق الارتفاق بالمعنى الدقيق، كما يشمل القيود القانونية التى ترد على حق الملكية ، إذ هى فى الحالتين تحد من منفعة عقار لمصلحة عقار آخر ، الأمر الذى دعا بعض الفقهاء إلى اعتبار هذه القيود ارتفاقات قانونية [2].

وذهب رأى ثالث – نؤيده – إلى أنه يجب التفرقة بين التكليف العينى الذى يقيد حق الملاك عموما دون تمييز بين مالك وآخر ،

للأرض المشفوع بها ، وأن أرض الساقية الأولى المجاورة للترعة داخلة ضمن الأرض المبيعة ، فإن الأرض المشفوع بها يكون لها ، والحالة هذه، حق ارتفاق على الأرض المشفوع فيها ذاتها لا على الساقية وحدها مادامت الساقية متصلة بالأرض والمياه التى تروى منها الأرض المشفوع بها لاتصل إلا بمرورها بالأرض التى بها الساقية ثم ببئرها " .

(طعن رقم ٩٧ لسنة ١٣ ق جلسة ١٩٤٤/١٢/٢١)

(١) حسن كيره ص ٥٦٠– نبيل سعد ص ٣٥٦ .

(٢) السنهورى ص ٧٥٦– عبد المنعم الصده ص ٤١٥ ومابعدها – لاشين الغاياتى ص ١٨– المستشار عزت حنوره ص ٦٩ .

فهذا القيد لايعتبر فى حكم الارتفاق بل يعتبر تنظيمـا عامـا لحـق الملكية وذلك قبل قيد المسافة فى فتح المطلات . أما القيد الذى يقع على عقار مالك محدد ويحقق خدمة لعقار مالك آخر وذلك مثل حق المرور وحقوق المجرى والشرب والمسيل ، فتأخذ حكم الارتفـاق والحكمة من الشفعة فى هذه الصورة وفى صورة الارتفاق بالمعنى الدقيق واحدة وهى التخلص من عبء الحق المقرر للعقار المجاور أو من حيث درء أسباب المنازعات بين الجيران [١].

وتسوى المادة فى ثبوت الشفعة بين أن يكون حـق الارتفـاق للأرض المشفوعة على الأرض الشافعة ، وبين أو يكون لـلأرض الشافعة على الأرض المشفوعة ، وقد كان هذا هـو حكـم المـادة الأولى من قانون الشفعة الملغى [٢].

وبناء على ذلك قضت محكمة النقض بأن :

" إن المادة الأولى من قانون الشفعة تسوى فى ثبـوت الشـفعة بين أن يكون حق الارتفاق للأرض المشفوعة على الأرض الشافعة وبين أن يكون للأرض الشافعة على الأرض المشفوعة .

وعلى ذلك فلا يجدى الطعن فى الحكم بمقولة إنه أخطـأ فـى التقرير بوجود حق ارتفاق لأرض الشفيع على الأرض المشـفوعة

---

(١) حسام الأهوانى ص ١٤٠ .

(٢) محمد على عرفه ص ٥٢٥ .

فى حين أن الثابت أن حق الارتفاق هو للأرض المشفوعة على أرض الشفيع " .

(طعن رقم ٥٢ لسنة ١٧ ق جلسة ١٩٤٨/٥/٣)

ولا يحول دون ثبوت الشفعة أن يكون الارتفاق المقرر لمصلحة الأرض الشفوع بها أو الأرض المشفوع فيها تشترك فيه أراضى أخرى . كما لو كان طريقا عليه حقوق ارتفاق بالمرور لعدة ملاك. لأنه إذا كانت الشفعة فى هذه الصورة سوف لاتؤدى إلى زوال الارتفاق نهائيا ، إذ أن الارتفاق سيبقى على كل حال لمصلحة الأراضى الأخرى ، فلا أقل من أن تكون خطوة فى سبيل زوال الارتفاق [١].

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

" إذ كان الحكم المطعون فيه قد استند فى قضائه بأحقية المطعون ضدهم الأربعة الأول فى أخذ أرض النزاع بالشفعة إلى ما ورد فى تقرير الخبير الذى ندبته محكمة الاستئناف من أن الأرض المشفوع فيها زراعية وأن لها حق ارتفاق بالرى على الأرض المشفوع بها الملاصقة لها ، مما يسوغ طلب الأخذ بالشفعة طبقا لنص البند الثانى من الفقرة (هـ) من المادة ٩٣٦ من القانون

---

(١) محمد كامل مرسى ص ٢٥١ – محمد على عرفه ص ٤٢٧ – عبد المنعم البدراوى ص ٤١٦ – منصور مصطفى منصور ص ٣١٨ .

المدنى الذى يجعل حق الارتفاق سببا للأخذ بالشفعة إذا تعلق بالأرض المبيعة أو بأرض الجار، فمن ثم يكون الحكم فيما انتهى إليه سديدا ، ولاينال منه اغفاله الرد على دفاع الطاعنين – بأن حق الارتفاق بالرى على الأرض المشفوع بها ليس قاصرا على الأرض المشفوع فيها بل تشترك فيه أراضى أخرى مما لايجوز معه طلب الشفعة – إذ لا عبرة باشتراك الغير فى حق الارتفاق المقرر للأرض المشفوع فيها أو الأرض المشفوع بها على الأخرى فى تمسك الشفيع بطلب الشفعة طالما أن القانون لو يشترط أن يكون هذا الحق مخصصا لإحداهما على الأخرى وحدها . هذا إلى أن وجود حق ارتفاق للغير على أرض المروى لايخرج هذه الأرض عن ملكية صاحب العقار المشفوع به بل تظل جزءا من هذا العقار، إذا فمتى كان هذا الدفاع لايستند إلى أساس قانونى صحيح وليس من شأنه تغيير وجه الرأى فى الدعوى فإن اغفال الحكم الرد عليه لايعد قصورا مبطلاله . ويكون النعى بهذا الخصوص على غير أساس " .

(طعن رقم ٥٩٣ لسنة ٥٥ ق جلسة ١٩٩٠/١/٤)

٥٠ ـ التنازل عن حق الارتفاق :

رأينا أن الحكمة من تقرير الشفعة فى هذه الصورة أن حق الارتفاق الذى يشكل عبئا ثقيلا بجمع الأرضين اللتين بربط بينهما

حق الارتفاق فى يد واحدة . ولذلك فإن انقضاء حق الارتفـــاق لأى سبب من الأسباب من شأنه أن يحول دون الأخذ بالشفعة .

فإذا نزل المشترى عن حق الارتفاق المقرر لمصـــلحة الأرض المبيعة المشفوع فيها فإنه لا يضحى هناك مبرر للشفيع فى الأخــذ بالشفعة [١].

أما إذا كانت الأرض المشفوع بها هى التى لها حــق ارتفـــاق على الأرض المشفوع فيها ، وعرض المشـــترى أن ينهـــى حـــق الارتفاق بنزوله للشفيع عن قطعة الأرض التى يباشر فيها هذا الأخير حق ارتفاقه ، فإن ذلك يجوز ، ولكن بشرط ألا يطلـــب المشـــترى مقابلا للأرض التى ينزل عنها للشفيع .

وقد قضت محكمة النقض بـأن :

" إنه لما كانت الشفعة سببا لكسب الملكية تثبت متى تـــوافرت لدى الشفيع الشروط المقررة للأخذ بها ، فلا يجوز أن يعارض هذا الحق بعرض المشترى التنازل عن أرض المسقاة التى يدعى الشفيع أن له ارتفاقا عليها وعن حق الارتفاق المثقلة به العين المبيعة مقابل ثمن يتقاضاه من الشفيع إذ لا سند فى القانون لإجبار الشفيع علـــى قبول هذا العرض .

(طعن رقم ١٥٨ لسنة ١٨ ق جلسة ١٩٥٠/٣/٣٠)

---

(١) محمد على عرفه ص ٤٢٦ – نبيل سعد ص ٣٥٧ – عبد المنعم الصده ص ٤١٦ .

غير أنه يشترط لينتج هذا التنازل أثره وهو عدم جواز الأخـذ بالشفعة توافر شرطين :

الأول : أن يكون هذا النزول قد تم شهره . وفقا لأحكام قـانون تنظيم الشهر العقارى رقم ٤٦ لسنة ١٩٤٦ .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

" لايتم التنازل عن حق الارتفاق وفقا للقانون إلا إذا كان هـذا التنازل قد حصل شهره وفقا لقانون الشهر العقارى رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ الذى حصل التنازل وقت سريانه . وإذن فإنه يكـون غيـر منتج النعى على الحكم بعدم الاعتداد بتنازل المشـترى عـن حـق الارتفاق المقرر للعين المشفوع فيها على العين المشفوع بها متـى كان هذا التنازل لم يشهر سواء حصل قبل رفع دعوى الشـفعة أن بعد رفعها " .

(طعن رقم ١٨٧ لسنة ٢٢ ق جلسة ١٩٥٥/١١/١٧)

٢- " وجوب أن يتم التنازل عن حق الارتفاق وفقا للقانون فهو لايتم إلا إذا كان قد أشهر وفقا لقانون الشهر العقـارى ١١٤ لسـنة ١٩٤٦ ولايغنى عن ذلك مجرد التقرير بالتنازل عن حق الارتفـاق فى دعوى الشفعة بعد رفعها ذلك أن حق الشفيع يثبت بمجرد إعلان رغبته فى الأخذ بالشفعة إذ تكون عناصر الشفعة قد تكاملت ويحـل

محل المشترى فى البيع الذى يأخذ فيه بالشفعة وليس رفع دعوى الشفعة بعد ذلك وصدور الحكم بثبوت الشفعة إلا تقريرا لما تم من أثر قانونى ترتب مباشرة على إعلان الرغبة فى الأخذ بالشفعة- مما يسوغ الالتفات عما يقرره الطاعن فى مذكرة دفاعه أمام محكمة الاستئناف من أن البائع له قد سبق له التنازل عن حق الارتفاق بالرى من المسقاة الفاصلة وأن دليله على ذلك هو إنشاء المسقاة الأخرى التى اشتراها الطاعن لرى الأرض دون أن يقدم ما يثبت حصول شهر هذا التنازل قبل رفع الدعوى ".

(طعن رقم ٧٦٥ لسنة ٤٥ ق جلسة ١٩٨٠/٥/٢٨)

ثانياً : أن يتم التنازل قبل إعلان الرغبة فى الأخذ بالشفعة :

يجب أن يتم التنازل عن حق الارتفاق ، قبل إعلان الشفيع رغبته فى الأخذ بالشفعة لأن عناصر الشفعة تكون قد تكاملت بهذا الإعلان ويحل الشفيع محل المشترى فى البيع الذى يأخذ فيه بالشفعة وليس رفع دعوى الشفعة بعد ذلك وصدور الحكم بثبوت الشفعة إلا تقريرا لما تم من أثر قانونى يترتب مباشرة على إعلان الرغبة فى الأخذ بالشفعة [(١)].

---

(١) السنهورى ص ٧٦٠- نبيل سعد ص ٣٥٧- وهناك رأى يذهب إلى أنه يجوز النزول عن حق الارتفاق قبل الحكم بالشفعة أو التسليم بها من جانب المشترى (عبد المنعم الصده ص ٤١٦- منصور مصطفى

(راجع طعن رقم ٧٦٥ لسنة ٤٥ ق جلسة ١٩٨٠/٥/٢٨ المنشور سلفا فى هذا البند)

(الصورة الثانية)

تلاصق أرض الجار للأرض المبيعة من جهتين وتساوى من القيمة نصف ثمن الأرض المبيعة على الأقل

هذه الصورة تفترض شرطين هما :

١- ملاصقة أرض الجار للأرض المبيعة من جهتين .

٢- أن تساوى أرض الجار من القيمة نصف ثمن الأرض المبيعة على الأقل .

ونعرض لهذين الشرطين فيما يلى .

٥١ ـ الشرط الأول :

أن تكون أرض الجار ملاصقة للأرض المبيعة من جهتين :

منصور ص ٣١٨ ومابعدها – عبد المنعم البدراوى شرح القانون المدنى فى الحقوق العينية الأصلية الطبعة الأولى ١٩٥٤ ص ٤٣٦) .
وهناك رأى ثالث يذهب إلى أن النزول جائز قبل رفع الدعوى (محمد كامل مرسى ص ٢٥١) .

ويقصد بذلك أن تكون أرض الشفيع ملاصقة للأرض المبيعة من حدين مختلفين من الحدود الأربعة : الشرق أو الغرب أو الشمال أو الجنوب .

ويستوى أن تكون الملاصقة فى حدين متجاورين كالشمال والشرق، والغرب والجنوب ، أو غير متجاورين كالشرق والغرب والشمال والجنوب .

وتكفى الملاصقة فى كل من الحدين فى نقطة واحدة ولو بمقدار شبر واحد . ولكن لايكفى التلاصق فى حد واحد ولو كان التلاصق فى نقطتين من هذا الحد، بل ولو كان على طول هذا الحد الواحد بأكمله(١) .

والتلاصق من جهتين وصف يرد على الأرض المشفوع بها وليس على الأرض المشفوع فيها . فيجب أن يكون التلاصق بين هاتين الأرضين واقعا فى جهتين من جهات أرض الجار الشفيع، إذ النص يسند هذا الشرط – كشرط القيمة – كما سنرى – إلى هذه الأرض ، فهى الأرض التى ركز الشارع اهتمامه فى تحديد

---

(١) الدكتور محمود جمال الدين زكى دروس فى الحقوق العينية الأصلية طبعة ١٩٧٦ ص ٤٣٤ – السنهورى ص٧٦١– عبد المنعم الصده ص ٤١٧– نبيل سعد ص ٣٥٨ .

أوصافها ، لأن الشفعة إنما شرعت مراعاة لظروف صاحبها وهو الجار الشفيع [١].

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" إن المادة الأولى من قانون الشفعة بنصها على جواز الشفعة "إذا كانت أرض الجار ملاصقة للأرض المشفوعة من جهتين وتساوى من الثمن نصف الأرض المشفوعة على الأقل " قد دلت على أن الشارع إنما أراد أن يجعل العبرة فى تقدير حق الأخذ بالشفعة بمجاورة أرض الجار (الشفيع) من جهتين من جهاتها للأرض المشفوع فيها ، إذ هى قد أسندت الملاصقة إلى أرض الجار (الشفيع) واشترطت أن يكون ثمن هذه الأرض مساويا نصف ثمن الأرض المشفوعة على الأقل. وهذا وذاك يقطعان فى أن الشارع قد ركز اهتمامه فى تحديد أوصاف أرض الشفيع دون الأرض المشفوع فيها ، مما يقتضى القول بأن كون الملاصقة من جهتين هو أيضا وصف وارد على الأرض المشفوع بها لا على الأرض المشفوع فيها . يؤيد هذا النظر أن الشفعة إنما شرعت لدفع الضرر عن الجار ، ومقتضى هذا أن الجار المقصود درء الضرر عنه هو الذى تكون جيرته محل الاعتبار " .

---

(٢) محمد على عرفه ص ٤٢٩ – عبد المنعم البدراوى ص ٣٥٠ .

(طعن رقم ٣١ لسنة ١٤ ق جلسة ١٩٤٤/١٢/٧)

كما قضت محكمة النقض بأن :

١- " إذا كان يبين من الحكم أنه بنى قضاءه بعدم جدية منازعة المشترى فى جوار ملك الشفيع للأرض المشفوع فيها من حدين على إقرار المشترى الوارد بعقد البيع سبب الشفعة من أن أرض الشفيع تجاوز القدر المبيع من الحدين الشرقى والغربى وعلى تسليم المشترى بهذا الجوار فى صحيفة دعوى صحة التعاقد المرفوعة منه عن الأرض المشفوع فيها وعلى عقد شراء الشفيع لأطيانه التى تجاور الأرض المشفوع فيها من حدين ، فإن هذه الدلائل التى أوردها الحكم كافية لحمل قضائه فى هذا الخصوص ويكون النعى عليه بالقصور ومخالفة القانون على غير أساس " .

(طعن رقم ١٥ لسنة ٢١ ق جلسة ١٩٥٣/٢/١٩)

٥٢ ـ عدم توافر التلاصق بجهتين إذا كان الشفيع يجاور الأرض المشفوع بها بقطعتين منفصلتين :

يجب أن يكون التلاصق من جهتين لقطعة واحدة من الأرض يملكها الشفيع ، فلا يتحقق التلاصق من جهتين إذا كان الشفيع يجاور الأرض المبيعة من جهة بقطعة من الأرض ويجاورها من جهة أخرى بقطعة أخرى . إذ أن النص قد ذكر كلا من أرض الجار والأرض المبيعة بصيغة المفرد، ومن ثم فإن التلاصق من

جهتين يجب أن يقع بين عقارين ، ولايصح أن يكون بين ثلاثة عقارات يشفع الجار بعقارين منها . ولايقدح فى صحة هذا النظر أن الحكمة من تقرير الشفعة للجار تنهض بجواز الشفعة فى هذه الصورة التى نستبعدها ، لأن الشفعة فى الأصل من الحقوق غير المستحبة فهى قيد يرد على حرية التصرف ، فيجب على القاضى أن يضيق دائرة تطبيقها ، ومادام القانون يحتم أن تكون الأرض المشفوع بها تجاور الأرض المشفوعة من جهتين فلا يمكن الحكم بالشفعة لشخص يملك قطعتى أرض كل واحدة منها تجاور الأرض المشفوعة من جهة واحدة (١).

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" مؤدى نص المادة ٣٩٦ من القانون المدنى يدل على أن الشارع إنما أراد أن يجعل العبرة فى تقرير الأخذ بالشفعة بمجاورة أرض الجار الشفيع من جهتين من جهاتها للأرض المشفوع فيها، إذ أسند التلاصق بالشروط التى ذكرها إلى أرض الجار . ولما كان التلاصق من جهتين وصفا واردا على أرض الشفيع بصيغة الفرد،

---

(١) محمد كامل مرسى ص ٢٤٣ ومابعدها – محمد على عرفه ص ٧٦- عبد المنعم الصده ص ٤١٨ – المستشار عزت حنوره ص ٤٢٩ ومابعدها .

فإن هذا الوصف لايتوافر إذا كان الشفيع يجاور الأرض المشفوع فيها بقطعتين منفصلتين يملك كل منهما فى إحدى جهات هذه الأرض إذ أن المشرع ركز اهتمامه فى تحديد أوصاف أرض الشفيع دون الأرض المشفوع فيها مما يقتضى القول بأن ملاصقة هذه الأرض بقطعتين لايؤدى إلى ثبوت الشفعة فيها لمالكها ، ذلك لأن الشفيع إنما يستند فى شفعته فى هذا الفرض إلى عقارين منفصلين فلا يصدق على أى منهما وصف المجاورة من جهتين".

(طعن رقم ٤٠٥ لسنة ٥١ ق جلسة ١٩٨٢/٣/٢)

٥٣ـ لايمنع من الشفعة وجود بين الأرضين طريق مشترك من جهة ومصرف مشترك من جهة ثانية :

إذا كان بين الأرض المشفوع بها والأرض المشفوعة طريق مشترك من جهة ومصرف مشترك من جهة ثانية فإن هذا لايمنع من الشفعة متى كان الطريق والمصرف خصوصيين إذ أن الشفيع يكون مالكا لنصف الطريق ولنصف المصرف ويكون هذا النصف داخلا فى أطيانه .

كما يكون المشفوع فيه مالكا لنصف الطريق ولنصف المصرف ، ويكون هذا النصف داخلا فى أطيانه أيضا ، وبذلك يكون الجوار متحققا من الجهتين . وعلى الأساس تكون الشفعة جائزة .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

" إذا كان بين الأرض المشفوع بها والأرض المشفوعة طريــق مشترك من جهة ومصرف مشترك من جهة ثانية ، فإن هذا لايمنع من الشفعة متى كان الطريق والمصرف خصوصيين . إذ الشــفيع يكون مالكا لنصف الطريق ولنصف المصرف ويكون هذا النصف داخلا فى أطيانه ، كما يكون المشفوع ضده مالكا لنصف الطريــق ولنصف المصرف ويكون هذا النصف داخلا فى أطيانه ، وبــذلك يكون الجوار متحققا من الجهتين ، وعلى هذا الأساس تكون الشفعة جائزة " .

(طعن رقم ٣١ لسنة ١٤ ق جلسة ١٩٤٤/١٢/٧)

٥٤ـ وجوب ثبوت ملكية الشفيع من الجهــتين قبـل طلـب الشفعـة :

يجب أن تكون ملكية الشفيع ثابتة من الجهتين قبل طلب الشفعة. فإذا كان ملكه لم يثبت فى إحدى الجهتين إلا بعد طلبهـــا ، تعــين رفض دعوى شفعته [١].

وتطبيقا لذلك قضت محكمة النقض بأن :

" التسجيل إنما يترتب أثره من تاريخ حصــوله ولايرتــد إلــى تاريخ سابق عليه . فاستناد الحكم إلى أن عقد البيع غيــر المســجل

---

(١) محمد على عرفه ص ٤٢٩ .

يعتبر معلقا على شرط التسجيل بالنسبة إلى نقل الملكية ، حتـى إذا ما تحقق هذا الشرط ارتد أثره إلى تاريخ التسـجيل - ذلـك غيـر صحيح ، لأن ارتداد أثر الشرط إلى الماضى إنما يصح حيث يكون التعليق على الشرط ناشئا عن إرادة المتعاقدين ، أما حيـث يكـون القانون قد أوجب إجراء معينا ورتب عليه أثرا قانونيا فهـذا الأثـر لايتحقق إلا بتمام الإجراء ولاينسحب إلى الماضى . فـإذا قضـى الحكم بالشفعة بناء على مجاورة أرض الشفيع لـلأرض المشـفوع فيها من حدين (القبلى والشرقى مثلا) بمقولة إن تسجيل الشفيع عقد شرائه الأرض الواقعة فى الحد الشرقى يرتد أثره إلى تاريخ العقـد فإنه يكون قد أخطأ " .

(طعن رقم ٤١ لسنة ١٨ ق جلسة ١٩٤٩/١٢/٢٢)

٥٥ ـ التحايل لمنع التلاصق :

لما كان الشرط الأساسى لثبوت الشفعة بالجوار هو اتصال لملك الشفيع بالعقار المبيع ، فقد درج الناس منذ القدم على التحايل لمنـع التلاصق ، وبالتالى لمنع الشفعة بإهدار شرط التلاصق .

ويتحقق هذا التحايل إذا احتفظ البائع لنفسه بقطعة صغيرة من الأرض ، أو إذا باع البائع أرضه إلا جزءا فاصلا بين العقارين وهبه للمشترى أيضا ليفوت على الجار حق الشفعة [١].

وإذا ثبت التحايل لإسقاط الشفعة ، فإن ذلك يكون غشا نحو القانون إذ الغاية منه سلب حق قرره القانون ، وهو عمل غير مشروع فلا يعتد به . ويحكم للشفيع بحق الشفعة [٢].

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " إذا كان كل ما قصده الحكم بالغش أو التدليس الذى أسنده إلى الطاعن إنما هو الاحتيال بقصد تعطيل حق مقرر بمقتضى القانون وهو عمل لايجوز إقرار مرتكبه عليه ويجب رد سعيه عليه، وكان الحكم قد استخلص عناصر الاحتيال من الوقائع التى أوردها والتى يبين منها بجلاء أن الطاعن قد لجأ إلى الحيلة لإسقاط

---

(١) محمد كامل مرسى ص ٢٦١- عبد المنعم البدراوى ص ٣٥٥ .

(٢) السنهورى ص ٧٤٩- محمد على عرفه ص ٤٣٤ - محمد كامل مرسى ص ٢٦٤ ومابعدها - عبد المنعم البدراوى ص ٣٥٤ - وهناك رأى فى الفقه الإسلامى يقول به أبو حنيفة والشافعى بأنه يجوز الاحتيال لإسقاط الشفعة ، وهى من الحقوق غير المستحبة وقد أخذت بذلك بعض المحاكم استئناف وطنى ٤ يناير سنة ١٨٩٨ - دشنا ٢٩ مارس سنة ١٨٩٩- استئناف مختلط ١٤ نوفمبر سنة ١٨٩٤ .

حق المطعون عليه الأول فى الشفعة فإن النعى عليه بالقصـــور أو مخالفة القانون فى هذا الخصوص يكون على غير أساس " .

(طعن رقم ٢١٠ لسنة ٢٠ ق جلسة ١٩٥٣/٣/٢٦)

٢- " إن التحيل لإبطال الشفعة مناقض للغرض المقصود منهـــا لأن الشفعة شرعت لدفع الضرر. فإذا ما أجيز التحيل لإبطالها كان ذلك عودا عن مقصود الشارع يلحق الضرر الذى قصد إبطاله . فكل تحيل لإبطال الشفعة لايصح للمحاكم أن تقره بوجه من الوجوه.

(طعن رقم ١٠٥ لسنة ١٤ ق جلسة ١٩٤٥/٥/١٧)

ولما كان التحايل غشا فيجوز إثباته بكافة طرق الإثبات القانونية بما فى ذلك البينة والقرائن [١].

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" لايعيب الحكم أنه استند فى ثبوت الاحتيال قبل الطاعن علـــى أحكام صدرت بعد رفع دعوى الشفعة وبعـــد انقضـــاء مواعيـــدها المقررة قانونا متى كان استناده قائما علـــى اســـتخلاص عناصـــر الاحتيال من الوقائع الثابتة فى تلك الأحكام وكانت هذه الوقائع سابقة على رفع دعوى الشفعة ومعاصرة لها " .

(طعن رقم ٢١٠ لسنة ٢٠ ق جلسة ١٩٥٣/٣/٢٦)

---

(١) محمد كامل مرسى ص ٢٦٥- محمد على عرفه ص ٤٣٤ .

٥٦ـ الشرط الثانى :

أن تكون قيمة أرض الشفيع لاتقل عن نصف قيمة الأرض المشفوع فيها :

يجب ألا تقل قيمة أرض الشفيع عن نصف قيمة الأرض المشفوع فيها .

وهذا الشرط استحدثه المشرع بقانون الشفعة الملغى ، وذلك لمنع المضاربة بالشفعة التى استفحل أمرها فى ظل أحكام القانون المدنى القديم حيث كان صغار الفلاحين يتقدمون بطلب أخذ مساحات كبيرة بالشفعة استنادا إلى مجاورتهم إياها بقطع صغيرة جدا محصورة بينها ، ولم تكن شفعتهم جدية بل كانت وسيلة لاستغلال كل من البائع و المشترى بابتزاز النقود منهما فى مقابل التنازل عن الشفعة [١].

وقد أقر المشرع هذا الشرط فى القانون المدنى الجديد، بعد أن استقر الرأى على إبقاء شفعة الجار على ما كانت عليه فى قانون الشفعة الملغى .

وفيما يتعلق بأرض الشفيع تكون العبرة بقيمتها الحقيقية وقت إبرام البيع ، فيجب أن تساوى من القيمة نصف ثمن الأرض المبيعة

---

(١) محمد كامل مرسى ص ٢٢٢ ومابعدها – محمد على عرفه ص ٤٣٠.

على الأقل ، بصرف النظر عن الثمن الذى كان هــذا الشــفيع قــد اشتراها به ، لأنه فى وقت البيع يجب أن تتوافر شروط الشفعة .

وفيما يتعلق بالأرض المبيعة ، فالعبرة بالثمن الحقيقــى الــذى بيعت به ، ولو كان المشترى قد دفع ثمنا يزيد على قيمتها الحقيقية لأن له مصلحة خاصة فى الحصول عليها ، وصريح النص يــؤدى إلى ذلك . ينهض بها أن الأرض المبيعة يجب أن ينظر إلى قيمتها بالنسبة إلى المشترى لأنه المشفوع ضده ، ولأن الثمن الذى يدفعــه هو الذى يلتزم الشفيع بتقديمه لإمكان الأخذ بالشفعة[1].

ولايعتد فى هذا الخصوص بمساحة الأرضــين . فقــد تكــون مساحة أرض الشفيع منسوبة إلى مساحة الأرض المبيعة هى الربع أو الثلث مثلا ، ولكنها مع ذلك تساوى من القيمة نصف الثمن الذى بيعت به فتثبت فيها الشفعة .

---

(١) السنهورى ص ٧٦٤ – محمد على عرفه ص ٤٣٠- عبد المنعم الصده ص ٤١٧ ومابعدها – نبيل سعد ص ٣٧٨ – رمضان أبو الســعود ص ٣١١ – الدكتور جميل الشرقاوى الحقوق العينية الأصلية الكتاب الأول حق الملكية طبعة ١٩٧٤ ص ٣٦٥- وعكس ذلك محمد كامل مرســى ص ٢٤٥ فيرى أنه يجب التعويل على قيمة الأرض المشــفوعة وقــت الشفعة لا على الثمن الذى اشتريت به .

وإذا كانت الأرض المشفوع بها مملوكة علـــى الشـــيوع لعـــدة شركاء وطلبوا جميعا الشفعة فإن العبرة بقيمة الأرض كلها . أما إذا طلب الشفعة أحد الشركاء فى الشيوع فقط ، فتكون العبرة بقيمـــة حصته الشائعة وحدها . لأن هذه الحصة الشائعة تكون هى فى هذه الحالة هى الأرض المشفوع بها [١].

---

(١) المستشار مصطفى هرجه ص ٦٥ – نبيل سعد ص ٣٥٩ – رمضان أبو السعود ص ٣١٢ – عبد المنعم البدراوى ص ٣٥١ .

مـــادة (٩٣٧)

١- إذا تزاحم الشفعاء يكون استعمال حق الشفعة على حسب الترتيب المنصوص عليه فى المادة السابقة .

٢- وإذا تزاحم الشفعاء من طبقة واحدة ، فاستحقاق كل منهم للشفعة يكون على قدر نصيبه .

٣- فإذا كان المشترى قد توافرت فيه الشـــروط التـــى كانـــت تجعله شفيعا بمقتضى نص المادة السابقة ، فإنـــه يفضـــل علـــى الشفعاء الذين هم من طبقته أو من طبقة أدنى ، ولكـــن يتقدمـــه الذين هم من طبقة أعلى .

الشـــرح

٥٧ـ تزاحم الشفعاء :

قد يأخذ التزاحم على ضوء المادة (٩٣٧) مدنى صـــورة مـــن صور ثلاث هى :

١- التزاحم بين الشفعاء من طبقات مختلفة .

٢- التزاحم بين الشفعاء من طبقة واحدة .

٣- التزاحم بين شفعاء يكون المشترى واحدا منهم .

ونعرض لهذه الصور بالتفصيل فيما يلى .

٥٨ ـ الصورة الأولى :

التزاحم بين الشفعاء من طبقات مختلفة :

تنص المادة ١/٩٣٧ مدنى على أن : " إذا تزاحم الشفعاء يكون استعمال حق الشفعة على حسب الترتيب المنصوص عليه فى المادة ٩٣٦ مدنى " .

وإذن فتزاحم الشفعاء من طبقات مختلفة يخضع للمفاضلة بينهم للترتيب الوارد بالمادة ٩٣٦ مدنى .

فالترتيب الذى اتخذه الشارع فى المادة ٩٣٦ مدنى حين أحصى الشفعاء هو الذى يحدد مرتبة الشفيع فى هذا الصدد . فمن كان من طبقة أعلى تثبت له الأفضلية على الذين هم من طبقة أدنى . وقد رتبت هذه المادة الشفعاء على النحو الآتى :

١- مالك الرقبة عندما يشفع فى حق الانتفاع الملابس لها .

٢- الشريك فى الشيوع فى الملكية أو غيرها إذا بيعت حصة شائعة فى العقار .

٣- صاحب حق الانتفاع عندما يشفع فى الرقبة الملابسة .

٤- مالك الرقبة عندما يشفع فى حق الحكر أو صاحب حق الحكر عند ما يشفع فى الرقبة .

٥- الجار المالك عندما يشفع فى العقار المجاور سواء كانت ملكية تامة أو ملكية رقبة .

ويترتب على ذلك ما يأتى :

١- فى الطبعة الأولى يوجد مالك الرقبة عندما يشفع فى حق الانتفاع . فإذا كان حق الانتفاع مقررا لشخصين - مثلا- وباع أحدهما حقه كان الشفعاء اثنين : مالك الرقبة وصاحب حق الانتفاع الآخر باعتباره شريكا فى الشيوع (فى حق الانتفاع) ، فإذا تزاحم الإثنان فى طلب الشفعة ، كانت الشفعة لمالك الرقبة وحده .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" النص فى المادة ٩٣٧ من ذات القانون على أن " وإذا تزاحم الشفعاء يكون استعمال حق الشفعة على حسب الترتيب المنصوص عليه فى المادة السابقة " مفادها أن المشرع قرر حق الشفعة لكل من مالك الرقبة ولصاحب حق الانتفاع لحكمة توخاها ، هى جمع شتات الملكية برد حق الانتفاع إلى مالك الرقبة وبرد الرقبة إلى صاحب الانتفاع ، وتحقيقا لذات الحكمة فقد جعل المشرع الأفضلية عند تزاحم الشفعاء - لمالك الرقبة على سائر الشفعاء عند بيع حق الانتفاع الملابس للرقبة التى يملكها ، وكذلك لمالك حق الانتفاع عند التزاحم إذا بيعت كل الرقبة الملابسة لهذا الحق أو بعضها، وإذ قرر المشرع الأفضلية بين الشفعاء عند تزاحمهم وفق ما جرى به النص السالف فإن مؤدى ذلك أن الشفعة فى حق الانتفاع أو فى حق الرقبة

مقررة أصلا لسائر الشفعاء المنصوص عليهم لتوفر الحكمة في تقرير الشفعة لكل منهم وهي المضارة على أن تجري المفاضلة بينهم عند تزاحمه " .

(طعن رقم ١٦٤٤ لسنة ٥١ ق جلسة ١٩٨٥/٤/٩)

٢- في الطبقة الثانية يوجد الشريك في الشيوع (والمراد بالشريك هنا الشريك في حق الملكية التامة ، أو الشريك في الانتفاع أو الرقبة أو الحكر) ، فإذا وجد عقار مملوك لاثنين شائعا بينهما ، وباع أحدهما حصته إلى أجنبي ، وتقدم لكي يشفع كل من الشريك الآخر والجار ، تقدم الشريك على الجار . وإذا كان العقار الذي يملكه اثنان شائعا بينهما قد رتبا عليه حق انتفاع . فأصبحا يملكان الرقبة فقط ، ثم باع أحدهما حصته الشائعة في الرقبة لأجنبي ، كان الشفعاء الشريك الآخر في الرقبة ، وصاحب حق الانتفاع والجار ، ويتقدم - عند التزاحم في طلب الشفعة - الشريك المشتاع الآخر في الرقبة دون صاحب حق الانتفاع أو الجار .

٣- في الطبقة الثالثة يوجد صاحب حق الانتفاع عندما يشفع في الرقبة فإذا كان مالك عقار قد رتب عليه حق انتفاع ، فأصبح مالكا للرقبة وحدها ، فباع الرقبة ، كان الشفعاء هم صاحب حق الانتفاع والجار، ويتقدم هنا صاحب حق الانتفاع على الجار .

٤- فى الطبقة الرابعة يوجد صاحب الرقبة يشفع فى حق الحكر أو صاحب الحكر عندما يشفع فى الرقبة . فإذا كان العقار قد رتب صاحبه عليه حق حكر ، فقام صاحب حق الحكـر ببيـع حقـه ، فالشفعاء هما مالك الرقبة والجار ، ويتقدم مالك الرقبة هنـا علـى الجار. وإذا حدث العكس وباع مالك الرقبة حقه كـان الشـفعاء ، صاحب حق الحكر والجار . وهنا يتقدم صاحب الحكر ليشفع فـى الرقبة دون الجار المتأخر فى المرتبة .

٥- فى الطبقة الخامسة يوجد الجار . وهو أدنى الشفعاء مرتبة، حيث يتقدم عليه الشفعاء أصحاب الطبقات الأربع وبالترتيب السابق. ولايتصور أن تكون الشفعة للجار بغير مزاحمة ، إلا إذا تصـورنا العقار المشفوع فيه مملوكا لشخص واحد ملكية تامة ولم يقرر عليه حق انتفاع أو حكر . عندئذ تكون الشفعة للجار .

وهذا هو الفرض العملى الذى يكثر فى الحياة العملية [1].

٥٩ ـ الصورة الثانية :

التزاحم بين الشفعاء من طبقة واحدة :

---

(١) عبد المنعم الصده ص ٤٢٥ ومابعدها – رمضان أبو السعود ص ٣٢٠ ومابعدها .

تنص الفقرة الثانية من المادة ٩٣٧ مدنى على أنه : " إذا تزاحم الشفعاء من طبقة واحدة ، فاستحقاق كل منهم للشفعة يكـون علـى قدر نصيبه " .

وتطبيق هذا النص على الطبقات الأربع الأولى لايثيـر أدنـى صعوبة . فإذا كان الشفعاء المتزاحمون شركاء فى ملكية الرقبة عند بيع حق الانتفاع ، أو شركاء فى الشيوع عند بيع شىء من العقـار الشائع إلى أجنبى ، أو شركاء فى حق الانتفاع عند بيع الرقبة ، أو شركاء فى ملكية الرقبة عند بيع حق الحكر ، أو شركاء فـى حـق الحكر عند بيع الرقبة . ففى جميع هذه الحالات يقسم المبيـع بـين الشفعاء المتزاحمين ، حيث يستحق كل منهم على قدر نصيبه ، أى يأخذ كل منهم بنسبة حصته الشائعة . مثل ذلك أن يكون هناك عقار مملوك على الشيوع لثلاثة شركاء ، ثم باع أحدهم حصته الشـائعة لأجنبى ، إذ يكون للشريكين الآخرين أن يشفعا فى الحصة المبيعـة فيأخذ كل منهما بنسبة حصته [١].

٦٠ ـ قاعدة عدم تجزئة الشفعة :

إذا تعدد الشفعاء من الطبقة الواحدة ، وكان لهذه الطبقة الحـق فى أخذ العقار بالشفعة ، باعتبارها الطبقة الأعلى ، وانفرد كل مـن الشفعاء بطلب الشفعة لنفسه مستقلا عن غيره من الشـفعاء ، فإنـه

---

(١) عبد المنعم الصده ص ٤٢٦ .

يجب أن يطلب الأخذ بالشفعة فى كامل العقار المبيع ، ولايقتصر على طلب جزء من العقار بنسبة نصيبه فى العقار المشفوع به ، طبقا لما تقضى به قاعدة عدم جواز تجزئة الشفعة . إذ من حق المشترى ألا تتجزأ عليه الصفقة .

أما فى حالة اشتراك الشفعاء المتعددين فى طلب الشفعة معا بإجراءات واحدة فإنه لايلزم أن يطلب كل شفيع منهم العقار المبيع كله طالما أنهم أعلنوا رغبتهم فى أخذ العقار المبيع كله بالشفعة ، إذ لا يكون ثمة تبعيض للشفعة على المشترى أو تجزئة للشفعة. ولايغير من ذلك أن يرد فى إعلان الرغبة فى الأخذ بالشفعة أو فى صحيفة الدعوى ما يشير إلى اقتسام طالبى الشفعة للعقار المبيع على نحو معين لأن ذلك من شأنهم ولا أثر له على حقوق المشترى[١].

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" قاعدة أن الشفعة لاتتجزأ تعنى أنه لايجوز للشفيع أن يأخذ بالشفعة فى صفقة واحدة بعض المبيع دون البعض الآخر . حتى لايضار المشترى بتبعيض الصفقة . وإذ كان الواقع الثابت بالحكم

---

(١) محمود جمال الدين زكى ص٤٤٧ وما بعدها - نبيل سعد ص ٣٦٠ ومابعدها .

المطعون فيه أن المطعون ضدهم من الثالث للأخيرة باعوا للطاعنة قطعة أرض مساحتها ... وأن المطعون ضدهما الأول والثانى أعلنا رغبتها فى أخذ كل المساحة المبيعة بالشفعة ، وأقاما الدعوى بطلب أحقيتهما فى أخذ هذه المساحة كلها بالشفعة ، فإنــه لايكــون ثمــة تبعيض للصفقة على المشترى أو تجزئة للشفعة ، ولايغير من ذلك أن يرد فى إعلان الرغبة فى الأخذ بالشفعة أو فى صحيفة الدعوى ما يشير إلى اقتسام طالبى الشفقة للعقار المبيع على نحو معين لأن ذلك من شأنهما ، ولا أثر له على حقوق المشترى " .

(طعن رقم ٤٠٤ لسنة ٤١ ق جلسة ١٩٧٥/٦/١١)

ولكن إذا تعددت الصفقة ببيع العقار أجزاء مفــرزة لمشــترين متعددين لكل منهم جزء مفرز فإنه يجوز للشفيع أن يأخذ بالشــفعة فى بعض الصفقات دون بعض إذا توافرت شروط الشفعة فيما يأخذ بالشفعة فيه دون أن يكون فى ذلك تجزئة للشفعة .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" يجوز للشفيع – إذا تعددت الصفقة ببيع العقار أجزاء مفــرزة لمشترين متعددين لكل منهم جزء مفرز معين – أن يأخذ بالشــفعة فى بعض الصفقات دون بعض إذا توافرت شروط الشفعة فيما يأخذ بالشفعة فيه دون أن يكون فى ذلك تجزئة للشفعة وكان الثابت مــن

الحكم المطعون فيه أن الطاعنة طلبت أخذ المبيع كله بالشفعة بمـــا في ذلك الجزء الذى بيع إلى المشترى الذى لم يختصم فى الـــدعوى فإن النعى على الحكم بأنه لم يبحث مدى أحقية الطاعنة فى الأخـــذ بالشفعة بالنسبة لأجزاء العقار المشفوع فيـــه التـــى بيعـــت لمـــن اختصمتهم فى الدعوى ، يكون دفاعا جديدا يخالطه واقع لم يســـبق التمسك به أمام محكمة الموضوع وبالتالى لايجوز إثارته لأول مرة أمام محكمة النقض " .

(طعن رقم ١٦٥٠ لسنة ٤٩ ق جلسة ١٩٨١/٢/٢٦)

٦١ ـ التزاحم بين الجيران :

كانت المادة ٧ من قانون الشفعة الملغى تنص فى فقرتها الثانية على أنه : " إذا تعدد الجيران يقدم منهم من تعود على ملكه منفعـــة من الشفعة أكثر من غيره " .

وكانت المادة ١٣٨٤ من المشروع التمهيدى للتقنـــين المـــدنى تنص فى فقرتها الثانية على أنه : " إذا تزاحم الشفعاء مـــن طبقـــة واحدة ، فاستحقاق كل منهم للشفعة يكون على قدر نصيبه . إلا أنه فيما بين الجيران يقدم من تعود على ملكه منفعة من الشفعة أكثـــر من غيره " – وجاء بالمذكرة الإيضاحية لهذا المشروع أنـــه : " إذا تزاحم الجيران فى الأخذ بالشفعة ، فإن الذى يقدم منهم هو من تعود

على ملكه منفعة أكثر من غيره ، ويترك هذا التقدير للقاضـــى " .
وهذا هو نفس ما استقر عليه العمل فى ظل قانون الشفعة الملغى.

إلا أنه حدث فى لجنة المراجعة أن اقترح استبعاد شفعة الجـــار كلية ، فاقتضى ذلك بطبيعة الحال اقتراح حذف العبارة الأخيرة من الفقرة الثانية المتقدمة ، حيث أصبح لا لزوم لهـــا بعـــد أن حـــذفت الفقرة (هـــ) من المادة السابقة وهى التى كانت تقرر الشفعة للجار.

فلما أعيد النظر فى شفعة الجار أثناء مناقشـــة المشـــروع فـــى مجلس النواب ، وانتهى أمرها إلى بقائها على ما كانت عليـــه فـــى قانون الشفعة الملغى ، سهى المجلس فى غمرة هـــذه المناقشـــات عن التعديل الذى أدخلته لجنة المراجعة على نص التزاحم ، فـــأقر النص بحاله كما اقترحته لجنة المراجعة ، وفات مجلـــس الشـــيوخ أيضا تدارك هذا النقص[1] وبذلك ظهرت المادة ٩٣٧ من القـــانون خالية من حكم التزاحم بين الجيران واقتصر نص فقرتهـــا الثانيـــة على أنه : " إذا تزاحم الشفعاء من طبقة واحدة ، فاستحقاق كل منهم للشفعة يكون على قدر نصيبه " .

وظاهر أن هذا الحكم لايمكن بحال أن ينصرف إلى التزاحم بين الجيران لأنهم لا يشفعون بعقار واحد حتى يأخذ كل مـــنهم الشـــفعة

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـــ٦ ص ٣٨٦ ومابعدها .

بنسبة نصيبه فى هذا العقار، بل إن الجيران يتزاحمون بمدى المنفعة التى تعود على كل منهم من الأخذ بالشفعة . ومن ثم لزم أن تكون المفاضلة بينهم على قدر هذه المنفعة ، لا قدر النصيب الذى لايتأتى وجوده فى هذه الحالة كأساس للتفضيل (١).

ولما كان إسقاط الحكم الخاص بجعل المنفعة أساسا للمفاضلة بين الجيران لايعدو أن يكون من قبيل السهو التشريعى ، ومن ثم فلا يسوغ أن يترتب على هذا السهو قلب الأوضاع التى استقرت فى ظل قانون الشفعة الملغى بشأن المفاضلة بين الجيران عند التزاحم ومن ثم يجب الرجوع إلى القاعدة القديمة التى تضمنها قانون الشفعة السابق وتضمنها المشروع التمهيدى للمادة ٩٣٧ مدنى باعتبارها عرفا مستقرا جرى عليه العمل . وهى على كل حال الحكم العادل عند سكوت النص (٢).

وبالتالى يجب أن يكون أساس المفاضلة عند تزاحم الجيران فى طلب الشفعة هو المنفعة التى تعود من الأخذ بالشفعة على ملك كل منهم المشفوع به ، دون اعتداء بالمنفعة التى قد تعود على ملك

---

(١) محمد على عرفه ص ٤٣٦ ومابعدها – السنهورى ص ٧٩٧– رمضان أبو السعود ص ٣٢٢ – محمود جمال الدين زكى ص ٤٤٩ .

(٢) السنهورى ص ٧٩٨– محمد على عرفه ص ٤٣٦– محمد كامل مرسى ص ٢٩٧ – محمود جمال الدين زكى ص ٢٩٧ .

كسبه أحدهم بعد البيع أساس الشفعة ودون اعتبار للفوائد التـــى قـــد تعود على الشفيع شخصيا من الأخذ بالشفعة [١].

---

(١) وهناك آراء أخرى مخالفة فى الفقه :

١- فيذهب رأى إلى أن صيغة نص المادة ٢/٩٣٧ مدنى قد وردت من العموم بمكان بحيث تنتظم أيضا حالة التزاحم بين الشفعاء من الجيـــران عند تعددهم . ولايقدح فى ذلك تضمن المشروع التمهيدى للقانون الحالى نفس الحكم الوارد فى المادة السابعة من قانون الشفعة السابق طالما لـــم يرد ذات الحكم فى صلب التقنين نفسه . وبالتـــالى إذا كـــان الجيـــران المتزاحمون يشفعون بعقار واحد يملكونه على الشيوع فيما بينهم فإنـــه ليس هناك ثمة صعوبة إذ يستحق كل منهم فى الشفعة بقدر نصيبه مـــن الشيوع . أما إذا تعددت العقارات بحيث يكون كل جـــار يشـــفع بعقـــار مستقل فإن تحديد نصيب كل منهم فى العقار المشفوع فيه يتم على أساس نسبة قيمة ما يشفع به كل منهم .

(حسن كيره ص ٥٧٠ ومابعدها – المستشار عزت حنـــوره ص ٢١٤ ومابعدها – نبيل سعد ص ٣٦٢ ومابعدها) .

٢- رأى يذهب إلى أنه لايمكن من الناحية الفنية تطبيق القاعـــدة التـــى كانت مقررة فى القانون القديم ، وفى المشروع التمهيـــدى، باعتبارهـــا قاعدة عرفية – كما يقول البعض – لأنها كانت تطبق بصـــفتها قاعـــدة تشريعية فلم تستمد قوتها الملزمة من جريان العمل وبالتالى لاتتوافر لها مقومات القاعدة العرفية ، كما لايصح تطبيق هذه القاعدة لمجرد عدالتها كما يذهب البعض لأن تطبيقها يؤدى إلى منع تطبيق قاعدة تشريعية على أشخاص تتوافر فيهم شروط تطبيقها ، وذلك دون مبرر فنـــى ، وهـــذه القاعدة التشريعية هى التى تقرر حق الجار فى الأخـــذ بالشـــفعة علـــى خلاف النص .

وهذا هو ما أخذت به محكمة النقض إذ قضت بأن :

١- " العبرة فى مجال المفاضلة بين الجيران المتزاحمين فـى طلب الشفعة إنما هى بالمنفعة التى تعود من الأخذ بالشـفعة علـى ملك كل منهم المشفوع به دون اعتداد بالمنفعة التى قد تعود علـى ملك كسبه بعد البيع أساس الشفعة ودون اعتبار للفوائـد التـى قـد تعود عليه شخصيا من الأخذ بالشفعة " .

(طعن رقم ١٦٦ لسنة ١٨ ق جلسة ١٩٥٠/١١/٢٣)

٢- " متى كان الحكم قد أقيم على دعامتين مستقلة إحداهما عن الأخرى (الأولى) أن أرض الطاعن لا تجاور الأطيان المشفوع فيها إلا من حد واحد وليس لأرضه أو عليها حـق ارتفـاق لـلأرض المشفوع فيها (والثانية) أنه بفرض توافر أسباب الشفعة للطاعن فإنه تعود على أرض المطعون عليه الأخير منفعة أكثر مما تعود علـى

ولذلك فإن التطبيق الدقيق لنصوص القانون الحالى يؤدى إلـى وجـوب معاملة الجيران المتزاحمين معاملة واحدة ، ويكون ذلك بتقسيم المبيـع بينهم بالتساوى ، فيفرز لكل منهم جزء من العقار المبيع إن أمكن التقسيم مع الإفراز . فإذا تعذر ذلك ، كما لو كان المبيع منزلا يتعذر تقسـيمه ، فيكون المبيع للشفعاء شائعا بينهم لكل حصة تساوى حصة الآخر. فإذا لم يقبل أحد الشفعاء هذا الحل ، فيجب أن ينزل عـن حقـه فـى الشـفعة (منصور مصطفى منصور ص ٣٢٨ ومابعدها) .

ملك الطاعن ، وكان يصح قيام الحكم على الدعامة الثانية وحدها ، فإن النعى عليه فى الدعامة الأولى يكون غير منتج " .

(طعن رقم ٢٣٥ لسنة ٢١ ق جلسة ١٩٥٤/١/٢٨)

٣- " النص فى الفقرة الثانية من المادة ٩٣٧ من القانونى المدنى .. يدل على أن المشرع لم يضع قاعدة عامة تحكم موضوع التزاحم بين الشفعاء جميعا . ذلك أن القاعدة التى تقضى بأن يقتسم الشفعاء عند تعددهم العقار المشفوع فيه كل بنسبة نصيبه فى العقار المشفوع به لاتنطبق فى حالة التزاحم فيما بين الجيران عند تعددهم إذ أنهم يختلفون عن غيرهم من الشفعاء فى أنهم لايشتركون جميعا فى عقار مشفوع به واحد ، فلكل جار عقاره الذى يشفع به لايشترك فيه معه غيره من الجيران الآخرين وإذ لم يورد النص حكما لتلك الحالة فيجب – وفقا لنص الفقرة الثانية من المادة الأولى من القانون المدنى الرجوع إلى القاعدة التى تضمنها قانون الشفعة السابق باعتبارها عرفا مستقرا جرى عليه العمل- والتى تقضى بتفضيل الجار الذى تعود على ملكه منفعة من الشفعة أكثر من غيره من الجيران وهى أيضا الحكم العادل عند سكوت النص" .

(طعن رقم ٣١٦٠ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٩١/٥/٢٨)

وبالترتيب على ذلك إذا تزاحم جاران فى أخذ أرض معدة للبناء بالشفعة ، وكان عقار أحد الجارين ملاصقا للأرض المشفوع فيها

ولها فى الوقت ذاته حق ارتفاق عليها كمطل أو حق مرور ، وكان عقار الجار الآخر ملاصقا للأرض المشفوع فيها ولا شىء غير ذلك ، فضل الجار الأول وأخذ وحده الأرض بالشفعة ، لأن عقاره أكثر اتصالا بالعقار المشفوع فيه ، فتعود الشفعة على عقاره بمنفعة أكبر[١] .

وإذا حصل التزاحم بين جارين للعقار المشفوع فيه ، وكان عقاراهما مثقلين بحقوق ارتفاق ، كانت الأولوية لمن كان عقاره مثقلا بحقوق ارتفاق أوسع نطاقا وأشد عبئا من التى تثقل عقار الجار الآخر [٢].

وإذا كان التزاحم بين جارين شفيعين لكل منهما حق ارتفاق بالرى على الأرض المشفوعة، ولكن أحدهما جواره من جهة واحدة ، فى حين أن جوار الآخر من جهتين، فإن الأخير هو الذى يفضل[٣].

وإذا كان التزاحم بين جارين عقار أحدهما أكبر مساحة وأحسن موقعا عن عقار الآخر ، كانت الأولوية لصاحب العقار الأصغر ،

---

(١) السنهورى ص ٧٩٩ .

(٢) استئناف مختلط ٢٤ أبريل ١٩٢٣ .

(٣) استئناف مختلط ١٠ مارس ١٩٢٥ .

لأنه بضمه إلى العقار المشفوع يحصل على منفعة أكثر من الجـار الآخر [١].

ويفضل صاحب العقار الأصغر على صاحب العقـار الأكبـر الذى لعقاره شكل منتظم ، وله اتصال بالطريق العـام مـن ثـلاث جهات [٢].

والترجيح بين المنافع التى تعود على ملك كـل مـن الشـفعاء المزاحمين ، هو ما يستقل قاضى الموضوع بتقديره . فإذا اسـتحال هذا الترجيح واستبان للقاضى أن الشفعاء متساوون من حيـث مـا يعود على كل منهم من الأخذ بالشفعة ، فقد رأى الـبعض وجـوب قسمة العقار المشفوع بين الشركاء . ووجه هذا النظر أن التـرجيح لايكون إلا بوجود المرجح ، وهو منعدم هنا لتساوى جميع الشفعاء فى المنفعة من الأخذ بالشفعة ، ومن ثم تجب القسمة نزولاعند حكم القانون الذى يقضى بها عند تزاحم الشفعاء من طبقة واحـدة لعـدم إمكان ترجيح مصلحة أحدهم على مصلحة الآخـرين [٣]. ويـرى

---

(١) استئناف مختلط ١٦ مايو ١٩٠٧ ، ٢١ أبريل ١٩٠٤ .
(٢) استئناف مختلط ٧ مارس ١٩٠٧ .
(٣) محمد على عرفه ص ٤٣٧ ومابعدها .

البعض أن يكون التقسيم ما بين الجيران بنسبة ما يملك كل منهم من عقار مشفوع به [١].

وقد رد البعض على هذا الرأى بأن قسمة العقار المشفوع فيه بين الجيران المتعددين التى كانت مقررة فى الشريعة الإسلامية قد ألغاها قانون الشفعة الذى يعطى فى حالة التزاحم الأولوية للجار الذى تعود على عقاره منفعة أكثر من غيره ، ولايقرر القسمة إلا فى حالة التزاحم بين ملاك الرقبة أو الشركاء فى الملك أو أصحاب حقوق الانتفاع [٢].

ونؤيد ما ذهب إليه البعض من أنه عندما تقرر تفضيل الجار الذى تعود الشفعة على ملكه بمنفعة أكبر ، افترض فى ذلك أنه يمكن دائما إذا تزاحم الجيران الشفعاء ، تعيين جار واحد منهم ينتفع بالشفعة اكثر من غيره ، وهذا الجار هو الذى يأخذ وحده بالشفعة ولايزاحمه فيها الجيران الآخرون . ومادامت المسألة متروكة إلى تقدير قاضى الموضوع ، فإن القاضى سيجد دائما فى ظروف الدعوى ، وموقع العقارات ، واتصال العقار المشفوع به بالعقار المشفوع فيه ، والحاجات المتنوعة للعقار المشفوع به ، واقتصاره

---

(١) عبد المنعم الصده ص ٤٢٨ .

(٢) محمد كامل مرسى فى الشفعة ص١٣٦ ومابعدها استئناف مختلط ٢٢ فبراير ١٩٢٧ .

فى بعض الأحيان إلى توسيع رقعته أو زيـادة مرافقـة أو تيسـير اتصاله بطريق عام أو ترعة عامة أو مصرف عام ، وما إلى ذلـك ، مبررا لتقديم جار على جار ، وإيثار أحد الجيـران المتـزاحمين دون غيره فى الأخذ بالشفعة [1].

٦٢ ـ الصورة الثالثة :

التزاحم بين شفعاء يكون المشترى واحدا منهم :

تنص الفقرة الثالثة من المادة (٩٣٧) على أنـه : " **فـإذا كـان المشترى قد توافرت فيه الشروط التى كانت تجعله شفيعا بمقتضى نص المادة السابقة ، فإنه يفضل على الشفعاء الذين هم من طبقة أو من طبقة أدنى، ولكن يتقدمه الذين هم من طبقة أعلى** " .

فهذا النص يواجه الفرض الذى يكون فيه المشترى قد تـوافرت فيه هو نفسه شروط الأخذ بالشفعة وقت الشراء بالنسبة للعقار الذى اشتراه ، ويتقدم شفيع أو أكثر بطلب الأخذ بالشفعة من المشترى.

ويقضى هذا النص بأنه إذا كان من تقدم للأخذ بالشـفعة أعلـى منه طبقة فى مراتب الشفعاء فإن الشفيع يفضل المشترى ، أمـا إذا كان أدنى منه طبقة أو من طبقته فإن المشترى يفضل عنه .

---

(١) السنهورى ص ٨٠١ ومابعدها .

وهذه الحالة تعتبر من موانع نشوء حق الشفعة أكثر من اعتبارها حالة من حالات التزاحم . فإن كان المشترى يصلح شفيعا فى نفس الوقت امتنع على الشفعاء الآخرين الذين هم من نفس طبقة الأخذ بالشفعة ، وكذلك الحال بالنسبة لمن هم أدنى منه طبقة (١).

وتبدو أهمية تأصيل هذه الحالة على أنها مانع من نشوء الحق فى الشفعة وليست من قبيل التزاحم فى أنه ينطبق الحل الذى ورد فى النص إذا توافرت شروط الشفعة فى المشترى وقت شرائه حتى لو فقد هذه الشروط كلها أو بعضها بعد الشراء ، وبصرف النظر عن وقت تقدم الشفعاء للأخذ بالشفعة . فإذا كان المشترى شفيعا استحال في هذه اللحظة أن ينشأ حق الشفعة للشفعاء الذين هم من طبقته أو أدنى منه درجة ، ولايقدح فى ذلك زوال شروط الشفعة بعد ذلك من المشترى أى فى وقت لاحق على الشراء . فمتى امتنعت الشفعة عن باقى الشفعاء وقت البيع فإنها لاتنشأ بعد ذلك من ذات البيع (٢).

وهذا الحكم تمليه اعتبارات العدالة لأن المشترى إذا لم يتقدم للشراء كان له الحق فى الأخذ بالشفعة بصفته شفيعا وقت الشراء ولذلك فإن العدالة تقتضى ألا يكون فى مركز أسوأ لو أنه اشترى العقار حيث يستطيع باقى الشفعاء الذين من طبقته أو من طبقة أدنى

---

(١) حسام الدين الأهوانى ص ١٤٨ .

(٢) حسام الدين الأهوانى ص ١٤٩ – نبيل سعد ص ٣٦٤ .

أخذ العقار منه بالشفعة . ومن أجل ذلك قرر المشرع هـذا الحكـم بالرغم من أن هذا الفرض لايثير فكرة التزاحم بين الشفعاء بالمعنى الفنى [١]. ولذلك يكفى لقيام هذا الحكم توافر علته وقـت الشـراء، بمعنى أنه يكفى أن يتوافر فى المشترى شروط الأخذ بالشفعة وقت الشراء ليتعلق به الحكم ولايلزم استمرارها بعد ذلك كما هو الشـأن فى التزاحم بين الشفعاء .

وعلى ذلك إذا توافر للمشترى سبب من أسباب الشفعة وزاحمه شفعاء آخرون ، فإن النص يفرق بين ثلاثة فروض هى :

الفرض الأول :

أن يزاحم المشترى شفيع أو شفعاء آخرون أدنى منه طبقة :

وفى خصوص هذا الفرض لم يأت النص بجديد حيث يتفق الحل الوارد فيه مع الحكم المنصوص فى الفقرة الأولى من المادة (٩٣٧). فيفضل المشترى ، ولايجوز للشفيع أو الشفعاء الآخرون أخذ العقار بالشفعة .

ويتحقق هذا الفرض فى الأمثلة الآتية :

١- إذا كان هناك مالك للرقبة فى عقار ، وترتب علـى هـذا العقار حق انتفاع لشخصين بالتساوى شركة بينهما على الشـيوع . فاشترى مالك الرقبة حصة أحد المنتفعين وتقدم للأخذ بالشفعة كـل

---

(١) نبيل سعد ص ٣٦٤ - منصور مصطفى منصور ص ٣٢٨ هامش (١).

من صاحب حق الانتفاع الآخر والجار . فى هذا المثـل لاتجـوز شفعتهما. فالمشترى وهو شفيع ، قد زاحمه من هم أدنى منه مرتبة، فهذه الحصة المبيعة من حق الانتفاع لو بيعت لأجنبى ، وتقدم للأخذ بالشفعة كل من مالك الرقبة وصاحب حق الانتفاع الآخر باعتبـاره شريكا ، وكذلك الجار ، لكانت الأفضلية لمالك الرقبة باعتباره فـى المرتبة الأولى .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" يفترض نص الفقرة الثالثة من المادة ٩٣٧ من القانون المدنى أن المشترى نفسه قد توافرت فيه وقت الشراء شروط الأخذ بالشفعة فى العقار الذى اشتراه بأن يكون مالكا بالفعل فى هذا الوقـت لمـا يجعله شفيعا ثم يتقدم لأخذ العقار منه بالشفعة شفيع من نفس طبقته أو من طبقة أدنى – فإن المشترى يفضل فى هذه الحالة ولايجـوز للشفيع أن يأخذ بالشفعة " .

(طعن رقم ٢٣٢٠ لسنة ٥٢ ق جلسة ١٩٨٦/٤/١٧)

٢- أن يوجد عقار يملكه شريك على الشيوع ، فاشـترى أحـد الشريكين حصة شريكه ، وتقدم الجار ليشفع فى هذه الحصة. فـلا يقضى له بالشفعة ، لأن الحصة لو بيعت لأجنبى لتقـدم الشـريك الأول على الجار لأنه أعلى منه مرتبة .

٣- أن يوجد عقار ، الرقبة فيه لمالك ، والمنفعة لآخر ، وقام صاحب حق الانتفاع بشراء الرقبة من صاحبها ، فتقدم الجار ليشفع، فلا تجوز شفعته لأنه أدنى مرتبة من صاحب حق الانتفاع ، إذ لو بيعت الرقبة لأجنبى وتقدم ليشفع فيها كل من صاحب حق الانتفاع والجار ، لكانت الأفضلية للأول .

٤- أن توجد أرض محكرة ، واشترى صاحب الرقبة حق الحكر ، أو اشترى المحتكر الرقبة ، وتقدم الجار ليشفع ، فلا يقبل طلبه ، لأنه لو كان الذى اشترى حق الحكر أو الرقبة شخصا آخر غير صاحب الرقبة أو صاحب الحكر ، لكان صاحب الرقبة أو صاحب الحكر نفسه شفيعا فى الطبقة الرابعة ، فلو زاحمه جار- وهو فى المرتبة الخامسة – لفضل عليه [١].

الفرض الثانى :

أن يزاحم المشترى شفعاء أخرون من طبقته :

فى هذا الفرض يفضل المشترى رغم أن هؤلاء الشفعاء من طبقته.

فإذا باع أحد الشركاء حصته الشائعة لشريك آخر فى الشيوع، ثم تقدم شريك ثالث للأخذ بالشفعة فإن الشريك المشترى هو الذى يفضل .

---

(١) رمضان أبو السعود ص ٣٢٤ ومابعدها .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

" مؤدى نص المادتين ٩٣٦/ب، ٣/٩٣٧ من القانون المدنى – أنه لايجوز للشريك فى الشيوع الأخذ بالشفعة فى حصة شائعة مبيعة لمشترى توافرت فيه وقت الشراء شروط الأخذ بالشفعة فى العقار الذى اشتراه لأنه فى هذه الحالة يفضل على الشفعاء الذين هم من طبقته أو من طبقة أدنى فإذا كان المشترى للحصة الشائعة هو نفسه شريك على الشيوع فضل على شفيع هو مثله شريك فى الشيوع أى من طبقته " .

(طعن رقم ١٨٣٧ لسنة ٦٠ ق جلسة ١٩٩٥/٣/٢٩)

وإذا بيع لشريك فى الرقبة حق الانتفاع الملابس لنصيبه ، وطلب الشركاء الآخرون فى الرقبة الشفعة فى هذا الحق ، فضل الشريك المشترى .

أما إذا كان المبيع من حق الانتفاع يزيد على القدر الملابس لنصيب المشترى فى الرقبة ، فإن الزيادة تقسم بين الشفعاء المتزاحمين عدا المشترى على قدر نصيب كل منهم طبقا لحكم الفقرة الثانية من المادة (٩٣٧) ، لأن المشترى ما كان يجوز له أن يشفع فى هذه الزيادة .

وإذا بيعت لشريك فى حق الانتفاع الرقبة الملابسة لنصيبه ، وطلب الشركاء الآخرون فى حق الانتفاع الشفعة فى الرقبة المبيعة، فضل الشريك المشترى . أما إذا كان المبيع من الرقبة يزيد على القدر الملابس لنصيب المشترى فى الانتفاع ، فإن الزيادة تقسم بين الشفعاء المتزاحمين عدا المشترى على قدر نصيب كل منهم طبقا لحكم الفقرة الثانية من المادة ٩٣٧ لأن المشترى ما كان له أن يشفع فى هذه الزيادة .

ففى هذين المثلين لايقسم المبيع بين الشفعاء المتزاحمين بما فيهم المشترى طبقا لحكم الفقرة الثانية من المادة ٩٣٧ ، بل يفضل المشترى على غيره من الشفعاء طبقا لحكم الفقرة الثالثة من هذه المادة .

وإذا باع شريك فى الشيوع حصته الشائعة فى العقار إلى أحد الجيران ، فطلب الشفعة فيها الجيران الآخرون ، فضل الجار المشترى . ويصدق هذا الحل حتى لو كان بين الجيران الآخرين من تعود على ملكه منفعة من الشفعة أكثر من المشترى[١]. ذلك أن الجيران جميعا يعتبرون من طبقة واحدة ، فهم فى هذا الخصوص

---

(١) عبد المنعم الصده ص ٤٣٠ – محمود جمال الدين زكى ص ٤٥١ .

سواء بصرف النظر عن مقدار المنفعة التى تعود على ملـك كـل منهم من الشفعة [١].

---

(١) والقانون المدنى الحالى أتى بهذا الحكم الجديد على خلاف ما كان مستقرا عليه فى الفقه والقضاء قبل ذلك . إذ كان الـرأى السـائد حينـذاك أن الشفعاء من طبقة المشترى يقفون معه على قدم المساواة ويكون المعيار فى التفضيل بينهما لمن يثبت أن منفعة ملكه من الشفعة أكبر ، وترفض دعوى الشفعة إذا تساوت المنفعتان .

إذ قضت محكمة النقض بأن :

" إن القول بحرمان الشفيع من الشفعة لمجرد كونه مساويا للمشترى فى سبب الأخذ بالشفعة غير صحيح فى القانون . ذلك بأن المادة الثامنة من قانون الشفعة تقضى بأن " حق الشفعة يبقى ولو كان المشترى حائزا لما يجعله شفيعا ، وفى هذه الحالة تتبع قواعد التفضيل عند تزاحم الشـفعاء المقررة فى المادة السابقة " ، والمادة السابعة تنص على أنه " إذا تعـدد الجيران قدم منهم من تعود على ملكه منفعة من الشفعة أكثر من غيره"، وإعمالا لهذين النصين يكون على محكمة الموضوع أن تـوازن بـين المنفعة التى تعود على ملك الجار الشفيع وتلك التى تعود علـى ملـك الجار المشترى ، وأن تفصل فى طلب الشفعة وفقا لنتيجـة الموازنـة ، فتقضى بالشفعة للشفيع متى ثبت أن منفعة ملكه مـن الشـفعة أكبـر ، وترفض دعواه إذا كانت المنفعة التى تعود على ملك المشترى أكبـر أو إذا تساوت المنفعتان ، فإذا هى لم تفعل ورفضت دعوى الشـفعة بنـاء على المساواة في سببها فإنها تكون قد خالفت القانون " .

(طعن رقم ١٢٦ لسنة ١٥ ق جلسة ١٩٤٦/١٢/٥)

٢- " متى كان يبين من الحكم أن المحكمة رجحت الرأى الـذى يقـول بعدم جواز الشفعة فى الحالة التى يكون فيها الشفيع من مرتبة المشترى

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" لما كان من المقرر بنص الفقرة الثالثة من المادة ٩٣٧ من القانون المدنى " أنه إذا كان المشترى قد توافرت فيه الشروط التى تجعله شفيعا بمقتضى المادة السابقة فإنه يفضل على الشفعاء الذين هم من طبقته، وكان الثابت من تقرير الخبير الذى أطمأنت إليه

أخذا بما انتهى إليه الشارع فى المادة ٩٣٧ من القانون المدنى الجديد ، وكان هذا الرأى الذى ذهبت إليه المحكمة وأقامت عليه قضاءها ، من حرمان الشفيع من الشفعة لمجرد كونه مساويا للمشترى فى سبب الأخذ بها، غير صحيح فى القانون على ما جرى به قضاء هذه المحكمة ، ذلك أن المادة الثامنة من قانون الشفعة (القديم) وهى الواجبة التطبيق على واقعة الدعوى تقضى بأن حق الشفعة يبقى ولو كان المشترى حائزا لما يجعله شفيعا وفى هذه الحالة تتبع قواعد التفضيل المقررة فى المادة السابعة لتزاحم الشفعاء ، وتنص هذه المادة الأخيرة على حالة تعدد الجيران فيقدم منهم من تعود على ملكه منفعة من الشفعة أكثر من غيره. وأنه إعمالا لهذين النصين كان على محكمة الموضوع أن توازن بين المنفعة التى تعود على ملك الشفيع وتلك التى تعود على ملك المشترى، وأن تفصل فى طلب الشفعة وفقا لنتيجة الموازنة ، فتقضى بالشفعة للشفيع متى ثبت أن منفعة ملكه من الشفعة أكبر ، وترفض دعواه إذا كانت المنفعة التى تعود على ملك المشترى أكبر ، أو إذا تساوت المنتفعتان ، أما وهى لم تفعل ورفضت دعوى الشفعة بناء على المساواة فى سببها ، فإنها تكون قد أخطأت فى تطبيق القانون " .

(طعن رقم ٣٢ لسنة ٢١ ق جلسة ١٩٥٢/١٢/١١)

محكمة الموضوع أن الطاعن يمتلك قطعة أرض زراعية تجاور القطعة الثانية المشفوع فيها ولكل من القطعتين حق ارتفاق على الأخرى ، وكانت المطعون ضدها تشفع فى هذه القطعة بالجوار وحق الارتفاق فإنها تكون من طبقة المشترى ولاتجوز لها الشفعة فيها وإذ كان من حق المشترى- وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – ألا تتجزأ الصفقة عليه فإنه دعوى الشفعة برمتها تكون غير مقبولة ".

(طعن رقم ٣٧٩ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٩٠/٦/١٩)

الفرض الثالث :

أن يزاحم المشترى شفعاء آخرون من طبقة أعلى :

فى خصوص هذا الفرض لم يأت النص المذكور بجديد، حيث يتفق الحل الوارد فيه مع الحكم المنصوص عليه فى الفقرة الأولى من المادة ٩٣٧ مدنى . فيفضل هؤلاء الشفعاء على المشترى لكونهم من طبعة أعلى وفقا للترتيب المنصوص عليه فى المادة السابعة .

ومن أمثلة ذلك :

١- أن نكون بصدد عقار يملك الرقبة فيه شخص ويملك المنفعة شخصان . قام أحد أصحاب حق المنفعة ببيع نصيبه إلى المنتفع الآخر ، فتقدم مالك الرقبة ليشفع فى هذا البيع ، فله ذلك ، ويفضل

على المشترى الشفيع لأن هذا يعد شريكا فى الشيوع وفى مرتبة أو طبقة أدنى من طبقة المالك .

٢- قد نكون بصدد عقار يملك رقبته شخصان ، وقد رتبا عليه حق انتفاع لشخص فإذا قام أحد ملاك الرقبة ببيع حصته فى الرقبة لصاحب حق الانتفاع ، كان لمالك الرقبة الآخر أن يشفع فى هـذا البيع ويفضل على المشترى الذى أصبح شفيعا لأنه أدنى منه طبقة.

٣- وقد نكون بصدد عقار رتب عليه مالكان حكرا ، فأصـبحا لايملكان إلا رقبة ، فإذا باع أحدهما حصته فى الرقبـة لصـاحب الحق فى الحكر ، كان للشريك الآخر فى الرقبة أن يأخذ بالشـفعة من صاحب حق الحكر . فالأخير أدنى طبقة من مالك الرقبة فـى الحكر .

٤- وقد نكون بصدد عقار مملوك لشخصين شائعا بينهما ، فباع أحدهما نصيبيه إلى الجار ، فإنه يجوز للشـريك الآخـر أن يأخـذ الحصة المبيعة من هذا الجار ولا يستطيع الأخير أن يحـتج بأنـه شفيع ، فهو أدنى طبقة من المالك على الشيوع .

أما إذا باع مالك العقار عقاره لجار توافرت فيه شروط الأخـذ بالشفعة ، ثم تقدم جار آخر طالبا الشفعة فى هذا البيـع بمقولـة أن الشفعة تعود عليه بمنفعة أكبر .

ويتحقق ذلك عندما يكون جوار المشترى من حد واحد ، وجوار الشفيع من حدين، أو بأن يكون الجوار بالحد متشابها ، ولكن جوار الشفيع يمتاز بصلة ارتفاق . فإن الجار الآخر لايستطيع أخذ العقار بالشفعة من الجار المشترى ، لأن جميع الجيران من طبقة واحدة، ولايعلو أحدهم على الآخر لمجرد أن الشفعة تعود عليه بمنفعة أكبر. والمادة ٩٣٦ مدنى عندما رتبت طبقات الشفعاء لم تجعل للجار إلا طبقة واحدة هى الطبقة الأخيرة ، فلا يعلو جار على جار .

والشفيع لايأخذ بالشفعة من مشتر يكون شفيعا من طبقته كما ذكرنا سلفا[١] .

٥- وهى صورة تتعلق بالتزاحم بين ملاك الطبقات وملاك الشقق .

فقد ذكرنا سلفا أن الرأى الراجح إذا بيعت طبقة من البناء أو شقة من طابق ، فالملاك شفعاء من الطبقة الخامسة والخاصة بالجار الملاصق .

فإذا باع صاحب الطبقة طبقته لصاحب الطبقة الأعلى لم يستطيع صاحب الطبقة الأسفل أن يأخذ بالشفعة من مشتر هو من طبقته ، وأيضا إذا باع صاحب الطبقة طبقة لصاحب الطبقة

---

(١) السنهورى ص ٨١٣ .

الأسفل، لم يستطع صاحب الطبقة الأعلى أن يأخذ بالشفعة لذات السبب[١].

وإذا كان البناء مكونا من عدة طوابق وبكل طابق أكثر من شقة ولكل شقة مالك ، فإذا تصورنا أن صاحب شقة باع شقته إلى صاحب الشقة التى تعلوها أو صاحب الشقة التى أسفلها ، وتقدم صاحب الشقة الملاصقة للشقة المبيعة والموجودة بذات الطابق ليشفع كان له ذلك ويفضل على صاحب الشقة الأعلى . فالجوار الجانبى فى هذا الفرض وبالذات فى ملكية الشقق يفضل الجوار الرأسي[٢]، فالشفعة ولاشك تعود على الشقة المجاورة أفقيا بمنفعة أكبر . وإذا تعددت الشقق الملاصقة للشقة المبيعة رأسا ، كانت المفاضلة أيضا على أساس الشفيع الذى تعود على شقته من الشفعة منفعة أكبر [٣].

---

(١) السنهورى ص ٨١٤ – رمضان أبو السعود ص ٣٢٧ .

(٢) رمضان أبو السعود ص ٢٠٠١ .

(٣) ويبرر الدكتور رمضان أبو السعود ص ٣٢٧ تفضيل صاحب الشقة الملاصقة بأنه تحقق فى جانبه علة الشفعة بشكل أقوى ، فهو علاوة على كونه شريكا فى الأجزاء المشتركة ، فهو جار ملاصق ، أو هو بعبارة أخرى شريك جار فيكون له الأفضلية على صاحب الشقة الذى لايجاور ويلاصق الشقة الأخرى . فالجوار الجانبى – فى هذا الفرض – وبالذات فى ملكية الطبقات ، يفضل الجوار الرأسى .

٦٣ ـ التفضيل لايقتضى القيام بإجراءات الشفعة :

تفضيل المشترى الذى توفر له سبب الشفعة على الشفعاء الذين هم من طبقته أو من طبقة أدنى لايقتضى منه أن يقوم بــالإجراءات التى يستلزمها القانون لإمكان طلب الشفعة . فحسبه أن تتوفر لديــه الشروط الموضوعية التى كانت تجعله شفيعا. أما الشروط الشــكلية فليست مطلوبة بالنسبة إليه ، لأنه يستعمل حقه بطريــق الــدفع لا بطريق الدعوى ، حيث أنه لاينشد الحصول علــى ملكيــة جديــدة بالحلول محل مشترى آخر ، وإنما هو يبغى استبقاء الملــك الــذى اشتراه [١].

---

(١) محمد كامل مرسى ص ٣٠٢ – عبد المنعم الصده ص ٤٣٠ ومابعدها .

مــادة (٩٣٨)

إذا اشترى شخص عينا تجوز الشفعة فيها ثم باعهــا قبــل أن تعلن أية رغبة فى الأخذ بالشفعة أو قبل أن يــتم تســجيل هــذه الرغبة طبقا للمادة ٩٤٢ ، فلا يجــوز الأخــذ بالشــفعة إلا مــن المشترى الثانى وبالشروط التى اشترى بها .

الشــرح

٦٤ ـ شراء العين التى تجوز الشفعة فيها ثــم بيعها قبــل إعلان الرغبة فى الأخذ بالشفعة أو تسجيلها :

تنص المادة على أنه إذا اشترى شخص عينا تجوز الشفعة فيها ، ثم باعها قبل أن تعلن أية رغبة فى الأخذ بالشفعة أو قبــل أن يــتم تسجيل هذه الرغبة طبقا للمادة ٩٤٢ ، فلا يجوز الأخذ بالشــفعة إلا من المشترى الثانى وبالشروط التى اشترى بها .

وقد يوهم نص المادة أنها استعملت كلمة (أو) للتخيير ، بــين " قبل أن تعلن أية رغبة فى الأخذ بالشفعة " وبين " قبل أن يتم تسجيل هذه الرغبة طبقا للمادة ٩٤٢ " بحيث أنه لايجوز الأخذ بالشفعة إلا من المشترى الثانى وبالشروط التى اشترى بها إذا اشترى شــخص عينا تجوز الشفعة فيها ثم باعها إما قبل " أن تعلن أية رغبــة فــى الأخذ بالشفعة" أو قبل أن يتم تسجيل هذه الرغبة طبقا للمادة ٩٤٢"،

ويرجع هذا الإيهام إلى عدم إحكام الصياغة اللفظية للمادة [١]. غير أن المقصود بهذه المادة ألا يتم الأخذ بالشفعة إلا من المشترى الثانى إذا كان قد تم تسجيل إعلان الرغبة فى الأخذ بالشفعة ، وأنه لا عبرة فى ذلك بمجرد إعلان الرغبة فى الأخذ بالشفعة . وهو

---

(١) وقد ذهب الفقه إلى أن المادة جاءت رديئة فى صياغتها ويظهر ذلك فى عبارة " قبل أن تعلن أية رغبة فى الأخذ بالشفعة أو قبل أن يتم تسجيل هذه الرغبة " . فقد استعملت كلمة (أو) هنا فى غير موضعها ، إذ أن هذه الكلمة تفيد التخيير بين الزمنين ، أى بين مجرد إعلان الرغبة وبين تسجيل هذه الرغبة ، مع أنهما لايقعان فى نفس الوقت ، بل إن التسجيل يعقب الإعلان بطبيعة الحال . وليس من الجائز الاحتجاج على المشترى الثانى بإعلان الرغبة غير المسجل لكونه من الغير ، وهذا الإعلان لايكون حجة على الغير إلا إذا سجل عملا بالمادة ٩٤٢ مدنى ومن ثم فإن الزمن المعتبر لعدم الاحتجاج على الشفيع بالبيع الثانى هو وقت تسجيل إعلان الرغبة ، ولا عبرة مطلقا بتاريخ حصول الإعلان .
ولذلك كانت صياغة المادة (٩) من قانون الشفعة الملغى أفضل من صياغة النص الحالى ، إذ استعملت فى صياغتها (واو) العطف ، فقالت " قبل تقديم طلب بالشفعة فيها وتسجيله " وهو ما يفيد وجوب توافر الإجراءين ، وهما إعلان الطلب وتسجيله هنا ، لا أحدهما فقط كما يتوهم من صياغة النص الحالى (محمد على عرفه ص ٤٨٩- السنهورى ص ٦٨٤ هامش (٢) ومابعدها – نبيل سعد ص ٤١٢ هامش (١)) .

ذات الحكم الذى كان منصوصا عليه فى المادة التاسعة من قـــانون الشفعة الملغى ، والذى لم يشأ الشارع مخالفته .

وبهذا الرأى قضت محكمة النقض ، إذا ذهبت إلى أن :

١- " يجب على الشفيع الذى يريد ممارسة حقــه فــى الأخــذ بالشفعة فى حالة توالى البيوع أن يستعمل حقه وفقا للمادة ٩٣٨ من القانون المدنى قبل المشترى الثانى وبالشروط التى اشترى بها متى ثبت أن البيع لذلك الأخير قد تم قبل تسجيل طلب إعلان الرغبة فى الشفعة . ولايقدح فى ذلك ما قد يوهم به نص المادة المشار إليهــا من وجود اختلاف بينها وبين نص المادة التاسعة من قانون الشفعة الملغى ، لأن مرد ذلك إلى عدم إحكام الصياغة اللفظية للمادة ٩٣٨ سالفة الذكر ، فالوقت المعول عليه لعدم الاحتجاج على الشفيع بالبيع الثانى هو وقت تسجيل إعلان الرغبة ، ولا عبرة بتاريخ حصــول الإعلان ، ومما يؤيد هذا النظر المادة ٩٤٧ من القانون المدنى التى تقضى بأنه لايسرى فى حق الشفيع أى تصرف يصدر من المشترى إذا كان قد تم بعد التاريخ الذى سجل فيه إعلان الرغبة فى الشفعة، مما مؤداه بمفهوم المخالفة أنه لايحق للشفيع أن يتحلل من واجــب إدخال المشترى الثانى فى دعوى الشفعة طالما أنه قد ثبت أن البيع لذلك الأخير قد تم قبل تسجيل إعلان رغبة الشفيع ، يؤكد هذا النظر

أن المادة ٩٤٢ من القانون المدنى قضت بأن إعلان الرغبة فى الأخذ بالشفعة لايكون حجة على الغير إلا إذا سجل . ولاعبرة بما يسوقه الطاعنان (الشفيعان) من أن عقد المشترى الثانى عقد صورى قصد به التحايل لمنع الشفعة إذ أن دعوى الشفعة لاتكون مقبولة إلا إذا دارت الخصومة فيها بين جميع أطرافها مهما تعددوا، الأمر الذى يستلزم أن توجه الدعوى إلى المشترى الثانى ، إذ هو صاحب الشأن الأول فى دفع الصورية وإثبات جدية عقده " .

(طعن رقم ١٩٢ لسنة ٣٦ ق جلسة ١٩٧٠/١١/١٠)

٢- " إنه – وعلى ماسبق لهذه المحكمة القضاء به – يجب على الشفيع الذى يريد الأخذ بالشفعة فى حالة توالى البيوع أن يستعمل حقه وفقا للمادة ٩٣٨ من القانون المدنى ضد المشترى الثانى وبالشروط التى اشترى بها متى ثبت أن البيع لذلك الأخير قد تم قبل تسجيل إعلان الرغبة فى الشفعة ، فالوقت المعول عليه لعدم الاحتجاج على الشفيع بالبيع الثانى هو وقت تسجيل إعلان الرغبة لا وقت حصول الإعلان ومما يؤيد هذا النظر المادة ٩٤٧ من القانون المدنى التى تقضى بأنه لايسرى فى حق الشفيع أى تصرف يصدر من المشترى إذا كان قد تم بعد التاريخ الذى سجل فيه إعلان الرغبة فى الشفعة مما مؤداه بمفهوم المخالفة أنه لايحق للشفيع أن

يتحلل من واجب إدخال المشترى الثانى فى دعوى الشفعة طالما أنه قد ثبت أن البيع لذلك الأخير قد تم قبل تسجيل إعلان رغبة الشفيع وأن المادة ٩٤٢ من ذات القانون قد أكدت هذا النظر إذ قضت بأن إعلان الرغبة فى الشفعة لايكون حجة على الغير إلا إذا سجل ، ولاعبرة بما قد يسوقه الشفيع فى هذا الصدد من أن عقد المشترى الثانى عقد صورى قصد به التحايل لمنع الشفعة إذ أن دعوى الشفعة لاتكون مقبولة إلا إذا دارت الخصومة فيها بين جميع أطرافها مهما تعددوا الأمر الذى يستلزم أن توجه الدعوى إلى المشترى الثانى إذ هو صاحب الشأن الأول فى نفى الصورية وإثبات جدية عقده " .

(طعن رقم ٢٥٣ لسنة ٣٨ ق جلسة ١٩٧٣/١١/١٣)

٣- " يجب على الشفيع الذى يريد الأخذ بالشفعة فى حالة توالى البيوع – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – أن يستعمل حقه وفقا للمادة ٩٣٨ من القانون المدنى ضد المشترى الثانى وبالشروط التى اشترى بها متى ثبت أن البيع لذلك الأخير قد تم قبل تسجيل إعلان الرغبة فى الشفعة فالوقت المعول عليه لعدم الاحتجاج على الشفيع بالبيع الثانى هو وقت تسجيل إعلان الرغبة لا وقت حصول الإعلان ، ومما يؤيد هذا النظر المادة ٩٤٧ من القانون المدنى التى تقضى بأنه لايسرى فى حق الشفيع أى تصرف يصدر من المشترى

إذا كان قد تم بعد التاريخ الذى سجل فيه إعلان الرغبة فى الشفعة مما مؤداه بمفهوم المخالفة أن الشفيع يحاج بالتصرف الذى يصدر من المشترى طالما ثبت أن هذا التصرف قد تم قبل تسجيل إعلان رغبة الشفيع ، وأن المادة ٩٤٢ من ذات القانون قد أكدت هذا النظر إذ قضت بأن إعلان الرغبة فى الشفعة لايكون حجة على الغير إلا إذا سجل ، لما كان ما تقدم وكان يبين من مدونات الحكم المطعون فيه أن الطاعن لم يسجل إعلان رغبته فى الأخذ بالشفعة الحاصل فى ١٩٧٣/٤/٢٨ ، وكان المطعون عليها قد أخطراه فى ١٩٧٣/٥/٥ بحصول البيع الثانى فإن الحكم إذ اعتد بهذا العقد والثمن الوارد به فإنه لايكون خالف القانون " .

(طعن رقم ١٠٢٠ لسنة ٤٥ ق جلسة ١٩٧٨/١٢/١٢)

٤- " يجب على الشفيع الذى يريد ممارسة حقه فى الأخذ بالشفعة فى حالة توالى البيوع أن يستعمل حقه وفقا للمادة ٩٣٨ من القانون المدنى قبل المشترى الثانى وبالشروط التى اشترى بها متى ثبت أن البيع لهذا الأخير قد تم قبل تسجيل طلب إعلان الرغبة فى الشفعة ، فالوقت المعول عليه لعدم الاحتجاج على الشفيع بالبيع الثانى هو وقت تسجيل إعلان الرغبة . ولا عبرة بتاريخ حصول الإعلان . ومما يؤيد هذا النظر المادة ٩٤٧ من القانون المدنى التى تقضى بأنه لايسرى فى حق الشفيع أى تصرف يصدر من المشترى

إذا كان قد تم بعد التاريخ الذى سجل فيه إعلان الرغبة فى الشفعة مما مؤداه بمفهوم المخالفة أنه لايحق للشفيع أن يتحلل من واجب إدخال المشترى الثانى فى دعوى الشفعة طالما أنه قد ثبت أن البيع لذلك الأخير قد تم قبل تسجيل إعلان رغبة الشفعة . يؤكد هذا النظر أن المادة ٩٤٢ من القانون المدنى قضت بأن إعلان الرغبة فى الأخذ بالشفعة لا يكون حجة على الغير إلا إذا سجل ، ولا عبرة بما يسوقه الطاعن من أن عقد المشترى الثانى عقد صورى صورية مطلقة إذ أن دعوى الشفعة لا تكون مقبولة إلا إذا دارت الخصومة فيها بين جميع أطرافها مهما تعددوا الأمر الذى يستلزم أن توجه الدعوى إلى المشترى الثانى إذ هو صاحب الشأن الأول فى الصورية وإثبات جدية عقده " .

(طعن رقم ٣٧١ لسنة ٤٨ ق جلسة ١٩٨١/٥/٢٨)

٥- " النص فى المادة ٩٣٨ من القانون المدنى على أنه " إذا اشترى شخص عينا تجوز الشفعة فيها ثم باعها قبل أن تعلن أية رغبة فى الشفعة أو قبل أن يتم تسجيل هذه الرغبة طبقا للمادة ٩٤٢ فلا يجوز الأخذ بالشفعة إلا من المشترى الثانى وبالشروط التى اشترى بها " . والنص فى المادة ٩٤٧ من هذا القانون على أنه "لايسرى فى حق الشفيع أى رهن رسمى أو أى حق اختصاص أخذ ضد المشترى ولا أى بيع صدر من المشترى ولا أى حق عينى

رتبه أو ترتب ضده إذا كان قد تم بعد التاريخ الذى سجل فيه إعلان الرغبة فى الشفعة " ، مفادهما إنه إذا مارس الشفيع حقه فى الأخذ بالشفعة فإنما يتخذ إجراءات دعواه قبل مشترى العقار ودون اعتداد بالبيع الذى صدر من هذا المشترى متى ثبت أن البيع قد تم فى تاريخ تال لتسجيل إعلا الرغبة فى الشفعة " .

(طعن رقم ١٣٩٢ لسنة ٤٨ ق جلسة ١٩٨٢/٦/٢٤)

٦- " المادتين ٩٣٧، ٩٤٨ من القانون المدنى إذ تنصان على أنه " إذا اشترى شخص عينا تجوز الشفعة فيها ثم باعها قبل أن تعلن أية رغبة فى الأخذ بالشفعة أو قبل أن يتم تسجيل هذه الرغبة طبقا للمادة ٩٤٢ فلا يجوز الأخذ بالشفعة إلا من المشترى الثانى وبالشروط التى اشترى بها " وأنه " لايسرى فى حق الشفيع ... أى بيع صدر من المشترى ... إذا كان كل ذلك قد تم بعد التاريخ الذى سجل فيه إعلان الرغبة فى الشفعة ... " فإن مؤدى ذلك أن بيع العين التى تجوز الشفعة فيها بيعا ثانيا ساريافى حق الشفيع يوجب عليه أن لا يطلب أخذها بالشفعة إلا من المشترى الثانى وبالشروط التى اشترى بها ، وأن البيع الثانى يسرى فى حق الشفيع إذا كان قد تم فعلا قبل تسجيل رغبته فى الأخذ بالشفعة فلا يشترط أن يكون ثابت التاريخ ... الخ " .

(طعن رقم ١٧٥١ لسنة ٥٤ ق جلسة ١٩٩١/٥/٢٦- غير منشور)

٧- " وحيث إن هذا النعى سديد ، ذلك أن المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن مفاد نص المادة ٩٣٨ من القانون المدنى أنه إذا صدر من مشترى العقار المشفوع فيه بيع لمشتر آخر قبل أن تعلن أية رغبة فى الأخذ بالشفعة أو قبل أن يتم تسجيل هذه الرغبة فإنه يسرى فى حق الشفيع ولايجوز الأخذ بالشفعة إلا من المشترى الثانى وبالشروط التى اشترى بها ، إلا أن ذلك مشروط بألا يكون البيع الثانى صوريا ، فإذا ادعى الشفيع صوريته وأفلح فى إثبات ذلك اعتبر البيع الصادر من المالك إلى المشترى الأولى قائما وهو . الذى يعتد به فى الشفعة دون البيع الثانى الذى لا وجود له بما يغنى الشفيع عن توجيه طلب الشفعة إلى المشترى الثانى ، كما أنه من المقرر أيضا أنه يجب إثبات الصورية فى مواجهة المشترى الثانى لأنه صاحب الشأن الأول فى نفى الصورية وإثبات جدية عقده ليكون الحكم الذى يصدر بشأن عقده حجة له أو عليه ، وأنه يكفى لسلامة إجراءات الشفعة إذا ما أصر الشفيع على طلب الشفعة فى البيع الأول رغم إخطاره بحصول البيع الثانى قبل تسجيله إعلانه برغبته فى الأخذ بالشفعة أن يصدر لصالحه حكم بصورية البيع الثانى فى مواجهة المشترى ويتحقق ذلك إما باختصامه ابتداء فى دعوى الشفعة مع تمسكه بالبيع الأول ودفعه بصورية البيع الثانى صورية مطلقة وإما بإدخاله فى الدعوى أثناء نظرها وقبل الفصل

فيها أو بتدخله هو فيها . وعندئذ يتعين على المحكمة أن تفصل فى الادعاء بالصورية إذ يتوقف مصير دعوى الشفعة على ثبوت الصورية وصدور حكم لصالح الشفيع بالصورية يصحح إجراءات الشفعة فى البيع الأول ودون اختصام المشترى الثانى . لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد خالف هذا النظر وأقام قضاءه بعدم قبول الدعوى لأن الطاعنين لم يوجها طلب الشفعة فى الميعاد إلى المشترى الثانى – المطعون ضدهما الثالث والرابعة– واستنادا إلى أنه تم إعلانهما بالبيع الثانى المؤرخ ١٩٨٢/١٠/١ قبل رفع الدعوى وأنهما لم يسجلا رغبتهما فى الأخذ بالشفعة فإنه يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون مما حجبه عن الفصل فى صورية هذا العقد التى لو ثبتت ما كان هناك ثمة ما يدعو الشفيع إلى توجيه طلب الشفعة إلى المشترى الثانى بما يوجب نقضه على أن يكون مع النقض الإحالة " .

(طعن رقم ١٧٣٢ لسنة ٥٩ ق جلسة ١٩٩٧/٢/٢٦– غير منشور)

٨– " لما كان الحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه على أن عدم توجيه إجراءات طلب الشفعة فى الميعاد إلى المشترى الثانى يترتب عليه عدم قبول الدعوى ولو كان البيع الصادر إليه صوريا فإنه يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون وقد حجبه ذلك عن الفصل فى دفع الطاعنة بصورية العقد الصادر إلى المطعون ضده الثانى " .

(طعن رقم ٨٣٠ لسنة ٦٢ ق جلسة ١٩٩٨/٢/٢٤- لم ينشر بعد)

٩-" وحيث إن هذا النعى فى محله ، ذلك أنه لما كان من المقرر- فى قضاء هذه المحكمة – أنه متى كان العقد صوريا فإنه يعد غير موجود قانوناً حتى لو سجل ، وأن العقد الصورى المبنى على الغش والتدليس لايصححه التسجيل ، وأنه وإن كان مفادنص المادة ٩٣٨ من القانون المدنى أنه إذا صدر من مشترى العقار المشفوع فيه بيع لمشتر ثان قبل أن تعلن أية رغبة فى الأخذ بالشفعة أو قبل أن يتم تسجيل هذه الرغبة فإنه يسرى فى حق الشفيع، ولايجوز الأخذ بالشفعة إلا من المشترى الثانى وبالشروط التى اشترى بها إلا أن ذلك مشروط بألا يكون البيع صوريا، فإذا ادعى الشفيع صوريته وأفلح فى إثبات ذلك اعتبر البيع الصادر من المالك للمشترى الأول قائماً وهو الذى يعتد به فى الشفعة دون البيع الثانى الذى لا وجود له ، بما يغنى الشفيع عن توجيه طلب الشفعة إلى المشترى الثانى ، وأنه يجب إثبات الصورية فى مواجهة المشترى الثانى لأنه صاحب الشأن الأول فى نفى الصورية وإثبات جدية عقده ليكون الحكم الذى يصدر بشأن عقده حجة له أو عليه، فإنه يكفى لسلامة إجراءات الشفعة إذا ما أصر الشفيع على طلب الشفعة فى البيع الأول رغم إخطاره بحصول البيع الثانى قبل تسجيله إعلانه برغبته فى الأخذ بالشفعة أن يصدر لصالحه حكم

بصورية البيع الثانى فى مواجهة المشترى ويتحقق ذلك إما باختصامه ابتداء فى دعوى الشفعة مع تمسكه بالبيع الأول ودفعه بصورية البيع الثانى صورية مطلقة وإما بإدخاله فى الدعوى أثناء نظرها وقبل الفصل فيها أو بتدخله فى فيها ، وعندئذ يتعين على المحكمة أن تفصل فى الادعاء بالصورية إذ يتوقف مصير دعوى الشفعة على ثبوت الصورية من عدمه ، وصدور حكم لصالح الشفيع بالصورية يصحح إجراءات الشفعة فى البيع الأول دون اختصام المشترى الثانى . لما كان ذلك ، وكان الثابت بالأوراق أن مورث الطاعنة الأولى والطاعن الثانى قد أقاما الدعوى بطلب الحكم بأحقيتهما فى أخذ العقار المباع من المطعون ضدهما الثانى والثالث إلى المطعون ضدها الأولى بموجب عقد البيع المؤرخ ١٩٨٠/١٠/٨ واتخذا الإجراءات المنصوص عليها قانونا وتمسكا بصورية البيع الثانى المؤرخ ١٩٨٣/١/٨ الصادر من المطعون ضدها الأولى إلى المطعون ضدها الرابعة وأدخلا الأخيرة ليصدر الحكم فى مواجهتها، وكان الحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه بسقوط حقهما فى الأخذ بالشفعة على سند من أنهما أعلنا بالبيع الثانى المؤرخ ١٩٨٣/١/٨ولم يوجها إجراءات طلب الشفعة فى الميعاد إلى المشترية الثانية (المطعون ضدها الرابعة) ، ودون أن يعرض للدفع المبدى منهما بصورية البيع الثانى المؤرخ ١٩٨٣/١/٨ ،

ويقول كلمته فيه ، وهو دفاع جوهرى من شأنه لو صح فإن البيع الأول المؤرخ ١٩٨٠/١٠/٨ هو الذى يعتد به فى الشفعة دون البيع الثانى المؤرخ ١٩٨٣/١/٨ بما يغنى الشفيع عن توجيه طلب الشفعة إلى المطعون ضدها الرابعة المشترية فى هذا البيع ، وهو ما يعيب الحكم بالقصور فى التسبيب الذى جره إلى مخالفة القانون والخطأ فى تطبيقه ، بما يوجب نقضه لهذا السبب دون حاجة لبحث باقى أسباب الطعن " .

(طعن رقم ٢٩٧٥ لسنة٦٣ ق جلسة ٢٠٠٤/٥/٢٥- لم ينشر بعد)

ويترتب على ما تقدم أنه إذا اشترى شخص عينا تجوز الشفعة فيها ثم باعها قبل أن يتم تسجيل الرغبة فى الأخذ بالشفعة ، فإنه لايجوز الأخذ بالشفعة إلا من المشترى الثانى وبالشروط التى اشترى بها ، وأنه لا عبرة بمجرد إعلان الرغبة فى الأخذ بالشفعة طالما لم تسجل .

٦٥ ـ حكم البيع للمشترى الثانى بعد تسجيل إعلان الرغبة :

إذا باع المشترى العقار بعد تسجيل إعلان الرغبة ، فإن هذا البيع لايسرى فى حق الشفيع ، وبناء عليه فإن حقه فى الأخذ بالشفعة من المشترى الأول يظل قائما وبالشروط التى اشترى بها. ومن ثم لايلتزم الشفيع بإدخال المشترى الثانى فى دعوى الشفعة.

ولكن لما كان هذا الحكم مقررا لمصلحة الشفيع ، فإنه إذا رأى أن شروط البيع الثانى أيسر أو أن الثمن فيه أقل ، فله أن ينزل عن طلب الشفعة فى البيع الأول ، ويطلبها فى البيع الثانى فى مواعيد هذا البيع وبشروطه [١]. وإنما يتعين عليه فى هذه الحالة أن يطلب الشفعة فى البيع الثانى بإجراءات مبتدأة غير تلك التى اتخذها بسبب البيع الأول [٢].

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" النص فى المادة ٩٣٨ من القانون المدنى على أنه " إذا اشترى الشخص عينا تجوز الشفعة فيها ثم باعها قبل أن تعلن أية رغبة في الشفعة أو قبل أن يتم تسجيل هذه الرغبة طبقا للمادة ٩٤٢ فلا يجوز الأخذ بالشفعة إلا من المشترى الثانى وبالشروط التى اشترى بها " ، والنص فى المادة ٩٤٧ من هذا القانون على أنه "لايسرى فى حق الشفيع أى رهن رسمى أو أى حق اختصاص أخذ ضد المشترى ولا أى بيع صدر من المشترى ولا أى حق عينى رتبه أو ترتب ضده إذا كان قد تم بعد التاريخ الذى سجل فيه إعلان الرغبة فى الشفعة " مفادهما أنه إذا مارس الشفيع حقه فى الأخذ

---

(١) السنهورى ص ٦٨٢ ومابعدها – عبد المنعم الصده ص ٤٧٨ – منصور مصطفى منصور ص ٣٤٥ .

(٢) عبد المنعم الصده ص ٤٧٨ – منصور مصطفى منصور ص ٣٤٥ .

بالشفعة فإنها يتخذ إجراءات دعواه قبل مشترى العقار ودون اعتداد بالبيع الذى صدر من هذا المشترى متى ثبت أن البيع قد تـم فـى تاريخ تال لتسجيل إعلان الرغبة فى الشفعة " .

(طعن رقم ١٣٩٢ لسنة ٤٨ ق جلسة ١٩٨٢/٦/٢٤)

٦٦ ـ حكم البيـع للمشـترى الثـانى قبـل تسـجيل إعـلان الرغبة فى الأخذ بالشفعة :

يترتب على بيع المشترى العقار قبل تسجيل إعلان الرغبة فـى الأخذ بالشفعة ، أنه لايجوز للشـفيع أن يأخـذ بالشـفعة إلا مـن المشترى الثانى . فإذا كان الشفيع لم يسجل رغبته فى الأخذ بالشفعة قبل صدور البيع الثانى ، فإن حقه فى طلب الشفعة يتجـدد بسـبب البيع الثانى.

ولذلك يكفيه أن يرفع الدعوى على المشترى الثانى والبائع له ، أما اختصام البائع الأصلى فلا يكون لازما . كما أن شروط البيـع الثانى هى التى تسرى فى حقه .

فمثلا إذا كان الثمن فى البيع الثانى أكبر منه فـى البيـع الأول التزم الشفيع بالثمن الذى تم به البيع الثانى [(١)].

---

(١) السنهورى ص ٩٨٤ – عبد المنعم الصده ص ٤٧٦– منصور مصطفى منصور ص ٣٤٦ .

ويترتب على ذلك أنه إذا كان البيع الثانى لايجوز الأخذ فيه بالشفعة لأى سبب ، فإنه يمتنع على الشفيع الأخذ بها حتى لو كان البيع الأول يجيزها كأن يكون البيع الثانى صادرا من المشترى الأول إلى زوجه أو أحد من أقاربه لغاية الدرجة الرابعة أو أحد من أصهاره لغاية الدرجة الثانية .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " لما كانت المادة ٩ من قانون الشفعة القديم تقضى بأن العين الجائز أخذها بالشفعة إذا باعها مشتريها قبل طلب ما بالشفعة فيها وتسجيله فلا تقام دعوى أخذها بالشفعة إلا على المشترى الثانى بالشروط التى اشترى بها وكان المطعون عليه الأخير هو المشترى الثانى وقد أصبح طرفا فى الدعوى بتدخله فيها كما أدخلت فيها البائعة له فإن اختصام البائعين لهذه الأخيرة لا يكون لازما " .

(طعن رقم ٢٤٥ لسنة ٢١ ق جلسة ١٩٥٤/٣/٤)

٢- " إذا كان الطاعن لم يثبت أن طلب الشفعة قد سجل قبل البيع الحاصل إلى من باع له وكان الشفيع قد وجه دعواه إلى البائعين الأخيرين والمشترى منهما (الطاعن) فإنه يكون قد قام بما أوجبته المادة الرابعة عشرة من قانون الشفعة ولا عليه إذا هو لم يعلن البائعة لأحد البائعين للطاعن " .

(طعن رقم ٣١ لسنة ٢١ ق جلسة ١٩٥٣/٥/٢٨)

٣- " إنه – وعلى ما سبق لهذه المحكمة القضاء به- يجب على الشفيع الذى يريد الأخذ بالشفعة فى حالة توالى البيوع أن يستعمل حقه وفقا للمادة ٩٣٨ من القانون المدنى ضد المشترى الثانى وبالشروط التى اشترى بها متى ثبت أن البيع لذلك الأخير قد تم قبل تسجيل إعلان الرغبة فى الشفعة ، فالوقت المعول عليه لعدم الاحتجاج على الشفيع بالبيع الثانى هو وقت تسجيل إعلان الرغبة لا وقت حصول الإعلان ومما يؤيد هذا النظر المادة ٩٤٧ من القانون المدنى التى تقضى بأنه لايسرى فى حق الشفيع أى تصرف يصدر من المشترى إذا كان قد تم بعد التاريخ الذى سجل فيه إعلان الرغبة فى الشفعة مما مؤداه بمفهوم المخالفة أنه لايحق للشفيع أن يتحلل من واجب إدخال المشترى الثانى فى دعوى الشفعة طالما أنه قد ثبت أن البيع لذلك الأخير قد تم قبل تسجيل إعلان رغبة الشفعة وأن المادة ٩٤٢ من ذات القانون قد أكدت هذا النظر إذ قضت بأن إعلان الرغبة فى الشفعة لايكون حجة على الغير إلا إذا سجل ، ولا عبرة بما قد يسوقه الشفيع فى هذا الصدد من أن عقد المشترى الثانى عقد صورى قصد به التحايل لمنع الشفعة إذ أن دعوى الشفعة لاتكون مقبولة إلا إذا دارت الخصومة فيها بين جميع أطرافها مهما تعددا الأمر الذى يستلزم أن توجه الدعوى إلى

المشترى الثانى إذ هو صاحب الشأن الأول فــى نفــى الصــورية وإثبات جدية عقده ".

(طعن رقم ٢٥٣ لسنة ٣٨ ق جلسة ١٩٧٣/١١/١٣)

٤- " يجب على الشفيع الذى يريد الأخذ بالشفعة – وعلى مــا جرى به قضاء هذه المحكمة – أن يستعمل حقه وفقا للمــادة ٩٣٨ من القانون المدنى ضد المشترى الثانى وبالشروط التى اشترى بها متى ثبت أن البيع لذلك الأخير قد تم قبل تسجيل إعلان الرغبة فــى الشفعة ، ولايشترط أن يكون هذا البيع ثابتا أو أن يكون الشفيع قــد أنذر به رسميا أو علم به علما واقعيا وإن كان لايتصور طلبه الأخذ بالشفعة من المشترى الثانى على أساسه إلا بعد علمه به . فذلك مما يتعلق بالإمكان الواقعى لا بتوافر الشروط التى يتطلبها القانون فــى طلبه أخذ العين بالشفعة والوقت المعول عليه لعدم الاحتجاج علــى الشفيع بالبيع الثانى هو وقت تسجيل إعلان الرغبة لا وقت حصول الإعلان ، ومما يؤيد هذا النظر ما نصت عليه المــادة ٩٤٧ مــن القانون المدنى من أنه لايسرى فى حق الشفيع أى تصرف يصــدر من المشترى طالما ثبت أن هذا التصرف قد تم قبل تسجيل إعــلان رغبة الشفيع وأن المادة ٩٤٢ من ذات القانون قد أكدت هذا النظــر إذ قضت بإعلان الرغبة فى الشفعة لايكون حجة على الغير إلا إذا سجل " .

(طعن رقم ٢٥٥٤ لسنة ٥٦ ق جلسة ١٩٩١/٤/٢٨)

٦٧ ـ لايشترط للأخذ بالشفعة فى البيع الثانى أن يكون مسجلا أو إثبات التاريخ قبل تسجيل إعلان الرغبة:

لايشترط لوجوب الأخذ بالشفعة من المشترى الثانى ، أن يكون البيع الصادر له قد سجل قبل تسجيل إعلان الرغبة ، ولا أن يكون ثابت التاريخ قبل تسجيل هذا الإعلان . فسنرى أن الشفعة تجوز فى البيع غير المسجل لأن كل ما يتطلبه القانون أن يكون هناك بيع من شأنه أن ينقل الحق المشفوع به إلى المشترى ، ولايشترط أن يكون البيع ثابت التاريخ ، لأن الشفيع لايعتبر من الغير بالمعنى المقصود فى ثبوت التاريخ . ولهذا كانت العبرة فى هذا الشأن بتاريخ انعقاد البيع الثانى . فإذا كان هذا البيع قد انعقد قبل تسجيل إعلان الرغبة، فلا يجوز الأخذ بالشفعة إلا من المشترى الثانى ، ولو لم يكن البيع مسجلا أو ثابت التاريخ [1].

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" يجب على الشفيع الذى يريد الأخذ بالشفعة – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – أن يستعمل حقه وفقا للمادة ٩٣٨ من القانون المدنى ضد المشترى الثانى وبالشروط التى اشترى بها متى

---

(١) السنهورى ص ٦٨٥ هامش (١) – عبد المنعم الصده ص ٤٧٧ .

ثبت أن البيع لذلك الأخير قد تم قبل تسجيل إعـلان الرغبـة فـى الشفعة ، ولايشترط أن يكون هذا البيع ثابتا أو أن يكون الشفيع قـد أنذر به رسميا أو علم به علما واقعيا وإن كان لايتصور طلب الأخذ بالشفعة من المشترى الثانى على أساسه إلا بعد علمه به . فذلك مما يتعلق بالإمكان الواقعى لابتوافر الشروط التى يتطلبها القانون فـى طلبه أخذ العين بالشفعة والوقت المعول عليه لعدم الاحتجاج علـى الشفيع بالبيع الثانى هو وقت تسجيل إعلان الرغبة لا وقت حصول الإعلان، ومما يؤيد هذا النظر ما نصت عليـه المـادة ٩٤٧ مـن القانون المدنى من أنه لايسرى فى حق الشفيع أى تصرف يصـدر من المشترى إذا كان قد تم بعد التاريخ الذى سـجل فيـه إعـلان الرغبة فى الشفعة مما مؤداه بمفهوم المخالفـة أن الشـفيع يحـاج بالتصرف الذى يصدر من المشترى طالما ثبت أن هذا التصرف قد تم قبل تسجيل إعلان رغبة الشفيع وأن المادة ٩٤٢ من ذات القانون قد أكدت هذا النظر إذ قضت بإعلان الرغبة فى الشـفعة لايكـون حجة على الغير إلا إذا سجل " .

(طعن رقم ٢٥٥٤ لسنة ٥٦ ق جلسة ١٩٩١/٤/٢٨)

٦٨ ـ بيع المشترى جزء من العقار :

إذا كان المشترى قد باع جزءا فقط من العقار ، وأراد الشفيع أن يأخذ كل العقار بالشفعة ، وجب عليه أن يوجه طلب الشفعة إلى البائع الأصلى والمشترى الأول والمشترى الثانى . وإذا أراد الشفيع أن يقتصر على أخذ الجزء الذى استبقاه المشترى الأول فإنه يكفيه أن يوجه طلب الشفعة إلى البائع الأصلى وهذا المشترى . وإذا أراد أن يقتصر على أخذ الجزء المبيع إلى المشترى الثانى، فإنه يكفيه أن يوجه طلب الشفعة إلى المشترى الأول والمشترى الثانى. وهذا وذاك مع ملاحظة توافر شروط الشفعة بالنسبة إلى الجزء المطلوب[١].

فإذا ترتب على التجزئة أن أصبح الجزء الذى استبقاه المشترى أو الجزء الذى باعه غير مجاور لعقار الشفيع فلا يجوز للشفيع أن يأخذه وحده بالشفعة لانتفاء شرط التلاصق [٢].

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " يجوز للشفيع – إذا تعددت الصفقة ببيع العقار أجزاء مفرزة لمشترين متعددين لكل منهم جزء مفرز معين- أن يأخذ

---

(١) عبدالمنعم الصده ص٤٧٦ وما بعدها – منصور مصطفى منصور ص ٣٤٧ .

(٢) منصور مصطفى منصور ص ٢٤٧ .

بالشفعة فى بعض الصفقات دون بعض إذا توافرت شروط الشـــفعة فيما يأخذ بالشفعة فيه دون أن يكون فى ذلك تجزئة للشفعة " .

(طعن رقم ١٦٥٠ لسنة ٤٩ ق جلسة ١٩٨١/٢/٢٦)

٢- " لئن كان يشترط لعدم سقوط حق الجار المالك فى الشفعة بقاء التلاصق بين العقارين المشفوع به والمشفوع فيه مـــن وقـــت البيع وحتى الأخذ بالشفعة ، إلا أن استمرار التلاصق ليس شـــرطا لبقاء الاستحقاق " .

(طعن رقم ١٢٤٧ لسنة ٥٢ ق جلسة ١٩٨٦/٥/٦)

مـــادة (٩٣٩)

١- لايجوز الأخذ بالشفعة .

(أ) إذا حصل البيع بالمزاد العلنى وفقـــا لإجـــراءات رســـمها القانون .

(ب) إذا وقع البيع بين الأصول والفروع أو بين الـــزوجين أو بين الأقارب لغاية الدرجة الرابعة ، أو بين الأصهار لغاية الدرجـــة الثانية .

(ج) إذا كان العقار قد بيع ليجعل محل عبادة أو ليلحق بمحـــل عبادة .

٢- لايجوز للوقف أن يأخذ بالشفعة .

(موانع الشفعة)

٦٩ ـ أولاً : البيع بالمزاد العلنى :

ينص البند (أ) من الفقرة الأولى من المـــادة ٩٣٩ علـــى أنـــه لايجوز الأخذ بالشفعة " إذا حصل البيـــع بـــالمزاد العلنـــى وفقـــا لإجراءات رسمها القانون " .

وقد جاء النص عاما ، فلا تجوز الشفعة فيما يشهر عـــن بيعـــه بالمزاد ، يستوى فى ذلك أن تتم إجراءات المزايدة أمـــام الســـلطة

الإدارية أو أمام القضاء[1] ، و الإجراءات

مرسومة فى القانون العام وهو ـــى قـــانون

خاص.

ولكن لايكفى لقيام المانع كو .ة العلنية التـــى

تحصل بالنداء بالأثمان فى جلد بائع وأعلن عنها

فى الصحف ، فطالما أن المزا للإجراءات التـــى

رسمها القانون أمام إحدى الجه قضائية المختصـــة

بذلك ، فلا يكون هناك مانع من . المالك من هذا البيع

الحصول على أعلى ثمن ، وهو : قضاء ولم تتوافر فيـــه

الضمانات التى يتطلبها القانون لك ية وإيقاع البيـــع حتمـــا

على صاحب العطاء الأكبر [2].

والحكمةمن جعل البيع بالمزا ية مانعا من الأخذ بالشفعة،

أن مثل هذا البيع يسمح للشفيع وغير ن يدخل فى المزاد إذا أراد ،

الذى يكون يسيرا عليه أن يعلم بأمره نصفته العلنية . ولأن إباحـــة

---

(١) محضر الجلسة (٣٩) للجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ، فقد جاء فى قرار اللجنة أن عبارة " وفقا الإجراءات رسمها القانون " يدخل فيها كل بيع بمزاد علنى يتم وفقا لإجراءات رسمها له القانون سواء فى ذلك البيع الإدارى أو القضائى (مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٦ ص ٤٠٨).

(٢) السنهورى ص ٧٠٥- محمد على عرفه ص ٥٤٧- عبد المنعم الصـــده ص ٤٦٠ .

الأخذ بالشفعة يقعد كثيرا من الأشخاص عن الدخول فى المزاد. فلا يتسنى الحصول على أعلى ثمن للعقار المبيع علاوة على أن هـذه البيوع تحاط بإجراءات معينة لتسمح ببيع العقار بأكبر ثمن ممكـن، حين أن منع الأخذ بالشفعة يلزم الشفيع بالمزايدة على الراسى عليه المزاد [1].

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" وغنى عن البيان أن البيع بالمزاد العلنى الذى يمنع من الأخذ بالشفعة يستوى الأمر فيه أن يكون جبريا أو اختياريا ، فإن حكمـة المنع متوافرة فى الفرضين ، إذ يستطيع الشفيع أن يدخل المزاد"[2].

وقد قضت محكمة النقض بـأن :

" تجوز الشفعة فى البيع الذى أجراه الحارس على أموال الرعايا الألمان بالمزاد لأن هذا المزاد لم يتم وفقا لإجراءات رسمها القانون كما تتطلب ذلك المادة ٩٣٩ من القانون المـدنى ، إذ أن الحـارس ضمن قائمة شروط البيع ضرورة موافقته على الثمن الراسـى بـه المزاد وعلى حقه فى إلغاء البيع بدون إبداء أسباب ، وهذه شـروط تنطق بأن مثل هذا البيع ولو أنه يتم بالمزاد إلا أنه لا يتفق مع مـا

---

(١) محمود جمال الدين زكى ص ٤١٥ – نبيل سعد ص ٣٦٩ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٦ ص ٤٠٧ .

هو منصوص عليه قانونا بشأن البيوع الجبرية ووجوب رسو المزاد فيها حتما على صاحب آخر عطاء بدون مصادقة أحد " .

(طعن رقم ٣٣٦ لسنة ٢٢ ق جلسة ١٩٥٦/٥/١٧) (١)

---

(١) الوضع فى ظل قانون الشفعة الملغى :

كانت المادة الثالثة من قانون الشفعة (الملغى) تقضى بأن :

" لاشفعة فيما بيع بالمزايدة لعدم إمكان القسمة بين الشركاء عينا ، أو لنزع الملكية قهرا أمام إحدى جهات الإدارة أو القضاء " . وقد أثارت عبارة " لعدم إمكان القسمة بين الشركاء عينا أو لنزع الملكية قهرا) جدلا فى الفقه والقضاء وذلك لورودها فى النص كتحديد لما يباع بالمزاد سواء أمام جهات الإدارة أو أمام القضاء .

وقد دعا ذلك البعض إلى القول بأن هذه المادة تقضى بأنه لأجل أن يكون البيع بالمزايدة مانعا من الشفعة يجب أن يكون لعدم إمكان القسمة عينا أو لنزع الملكية قهرا ، يستوى فى ذلك حصول البيع أمام السلطة الإدارية أو أمام القضاء ، فالبيع الحاصل بالمزايدة لغير هذين السببين لايكون مانعا من الشفعة . ورتبوا على ذلك أن البيع الحاصل من الحكومة فى ملكها الخاص لا يمنع الشفعة عن المشترى منها ، حتى لو حصل هذا البيع بطريق المزايدة وفقا لما تقضى به القوانين واللوائح (مصر الابتدائية (استئنافى) ٣٠ يناير ١٩٢٩ – الأستاذ على زكى العرابى الشفعة فى القوانين المصرية ١٩٠٦ ص ٢١ .

أما غالبية الشراح والمحاكم فلم تؤيد هذا الرأى ، بل ذهبت إلى تفسير النص العربى على ضوء ما جاء فى أصله باللغة الفرنسية ، إذ الترجمة الحرفية لهذا الأصل هى أنه : " لا محل للشفعة إذا حصل البيع بالمزاد العمومى من السلطة الإدارية أو أمام القضاء لعدم إمكان القسمة أو لنزع

ويتوافر هذا المانع فى البيوع الآتية :

١- البيع الذى يتم بالمزاد العلنى الجبرى أمام القضاء ، وذلك بناء على طلب الدائنين لنزع ملكية عقار مدينهم وبيعه جبرا واستيفاء حقوقهم من ثمنه . فهذا البيع قد تم بالمزاد العلنى ، كما أنه قد جرى وفقا لإجراءات رسمها قانون المرافعات .

٢- بيع العقار الشائع لعدم إمكان قسمته عينا دون ضرر. إذ تقضى المادة ٤٦٤ مرافعات بأنه : " إذا أمرت المحكمة ببيع العقار المملوك على الشيوع لعدم إمكان القسمة بغير ضرر يجرى بيعه بطريق المزايدة بناء على قائمة بشروط البيع يودعها قلم كتاب المحكمة الجزئية المختصة من يعنيه التعجيل من الشركاء " .

كما وضع المشرع فى المواد ٤٦٥ ، ٤٦٦ ، ٤٦٧ ، ٤٦٨ بعض الإجراءات الخاصة بهذا البيع (أو ما يسمى بقسمة التصفية)،

الملكية " . وهو ما يفهم منه إطلاق المنع بالنسبة إلى كل بيع بالمزاد من السلطة الإدارية ، وتحديده بالنسبة لما يباع أمام القضاء بالحالتين المذكورتين بالنص .

(استئناف مختلط ٢٣ ديسمبر ١٩١٩ – أسيوط الابتدائية (استئنافي) ٢٩ يناير ١٩٢١ – عبد السلام ذهنى الأموال ص ٧٤١ ، محمد كامل مرسى فى الشفعة ص ٢٠٠ .

أى أن بيع العقار الشائع لعدم إمكان قسمته عينا دون ضرر يتم طبقا لإجراءات رسمها تقنين المرافعات ، وبالتالى لاتجوز فيه الشفعة.

٣- بيع العقار المثقل بتأمين عينى اختياريا بالمزاد العلنى . إذ تقضى المادة ٤٦٧ من تقنين المرافعات بأن : " يجوز لمن يملك عقارا مقررا عليه حق امتياز أو اختصاص أو رهن رسمى أو حيازى لم يحصل تسجيل تنبيه بنزع ملكيته ، أن يبيعه أمام القضاء بناء على قائمة بشروط البيع يودعها قلم كتاب المحكمة المختصة". وتقضى المادة ٤٦٨ مرافعات بأن تطبق على بيع العقار اختياريا "الأحكام المقررة لبيع عقار المفلس وعديم الأهلية والغائب فيما عدا إخبار النيابة العامة بإيداع قائمة شروط البيع " .

٤- بيع الدولة لأملاكها الخاصة ، طبقا للتشريعات السارية المنظمة لذلك . فهو بيع بالمزاد العلنى أمام جهة الإدارة طبقا للشروط التى ينظمها القانون .

٥- بيع عقار المفلس وعقار عديم الأهلية المأذون ببيعه وعقار الغائب أمام القضاء .

إذ تنص المادة ٤٥٩ من قانون المرافعات على أن : " بيع عقار المفلس وعقار عديم الأهلية المأذون ببيعه وعقار الغائب بطريق المزايدة تجرى بناء على قائمة شروط البيع التى يودعها قلم كتاب

المحكمة المختصة وكيل الدائنين أو النائب عن عـديم الأهليـة أو الغائب.

وقد تكفلت المواد (٤٦٠ – ٤٦٣) ببيان الإجـراءات الواجـب اتباعها فى هذا البيع (١).

---

(١) وكانت المواد ٦١٤ ومابعدها من قانون المرافعات الأهلى تنظم إجراءات خاصة لبيع عقار القاصر المأذون ببيع عقـاره ، ولكـن اتبـاع هـذه الإجراءات لم يكن إجباريا ، بل جرى العمل علـى أن يـأذن المجلـس الحسبى الوصى فى بيع العقار المراد بيعه ، وأن يحدد لإيقاع البيع جلسة علنية تتم فيها المزايدة أمام المجلس الحسبى ، ثـم يصـرح المجلـس للوصى بإجراء البيع لمن رسا عليه المزاد والتوقيع على العقد بـالثمن الذى قبل الراسى عليه المزاد الشراء به أمام المجلس– وقد استقر قضاء محكمة النقض على أن البيع أمام المجلس الحسبى لايدخل فـى البيـوع التى لاتجوز فيها الشفعة ، إذ أنه ليس من البيـوع الحاصـلة بطريـق المزايدة العلنية التى تجريها الجهات القضائية أو الإداريـة المختصـة بقوانين وإجراءات معينة يتوافر فيها الضمان الكافى لـذوى الحقـوق ، ويترتب عليها وقوع البيع حتما لمن يرسو عليه المزاد .

فقد قضت بأن :

١– " البيوع التى ترخص المجالس الحسبية للأوصياء أو القامـة فـى إجرائها ليست من نوع البيوع الحاصلة بطريق المزايدة العلنيـة التـى منعت المادة الثالثة من قانون الشفعة من الاستشفاع بها ، لأن الشـارع لايعنى بهذه البيوع إلا البيوع التى تباشرها الجهة القضائية أو الإداريـة المختصة طبقا لقواعد وإجراءات معينة قانونا تضمن العلانية والطمأنينة الكافيين لحماية ذوى الحقوق ، ثم توقعها حتما لمن يرسو عليه المزاد" .

٦- البيوع التى تتم جبرا للعقارات المحجوز عليها حجزا إداريا طبقا للأوضاع والشروط المنصوص عليها فى القانون رقم ٣٠٨ لسنة ١٩٥٥ (المعدل) بشأن الحجر الإدارى .

وهذه البيوع جميعا - كما رأينا - تتم وفقا لقواعد وإجراءات رسمتها القوانين واللوائح .

أما البيوع التى لاتتم طبقا لهذه القواعد والإجراءات ، فتجوز فيها الشفعة ومثال ذلك :

١- البيع الذى يجريه المالك لعقاره بالمزاد العلنى الذى يحصل بالنداء بالأثمان فى جلسة للمزايدة حددها البائع وأعلن عنها فى الصحف ، طالما أن هذه المزايدة لم تحصل وفقا لإجراءات رسمها القانون أمام إحدى الجهات الإدارية أو القضائية المختصة بذلك .

٢- البيع بطريق المظاريف :

لاشبهة فى أن مقصود الشارع من منع الشفعة فيما يباع بالمزاد العلنى هو أن هذا البيع تتوافر فيه العلانية الكافية مما يسمح لراغب

(طعن رقم ٦٨ لسنة ٥ ق جلسة ١٩٣٦/٢/٢٧)

٢- " إن البيع الحاصل أمام المجلس الحسبى لايدخل فى البيوع التى لاتجوز فيها الشفعة ، إذ أنه ليس من البيوع الحاصلة بطريق المزايدة العلنية التى تجريها الجهات القضائية أو الإدارية المختصة بمقتضى قوانين وإجراءات معينة يتوافر فيها الضمان الكافى لذوى الحقوق ويترتب عليها وقوع البيع حتما لمن يرسو عليه المزاد " .

(طعن رقم ٩٠ لسنة ١٤ ق جلسة ١٩٤٥/٤/١٢)

الشراء بمتابعة المزايدة ، كما أن مقصوده من حصول هــذا البيــع وفقا لإجراءات رسمها القانون هو أن يتم إيقاع البيع حتمــا علــى صاحب العطاء الأكبر . وبذلك يستطيع الشفيع إذا كانت له رغبــة فى المبيع أن يشترك فى المزايدة، ويتابع الزيادة حتى يرسو عليــه المزاد (١).

ولما كانت هذه الشروط لاتتوافر فى البيع بطريــق المظــاريف المغلقة حيث لايعرف كل راغب فى الشراء مقدار ما عرضه الآخر ثمنا للصفقة ، فلا يعتبر هذا البيع مسوفيا للمقصــود مــن عبــارة "المزاد العلنى" الواردة بنص المادة ٩٣٩ ، ويمكن القول بأنه فــى مثل هذه الحالة لاتوجد مزايدة بل مجرد تقديم عطاءات . وقد استقر القضاء فى ظل قانون الشفعة على أن البيع بطريق المظاريف ليس من البيوع التى تمنع فيها الشفعة ، إذ ليس فيه من علانية العطاءات ما يسمح لراغب الشراء بمتابعة المزايدة ، فضلا عــن أن وقــوع

---

(١) وجاء بمحضر جلسة ١٩ نوفمبر سنة ١٩٣٧ وفــي مناقشــات لجنــة المرحوم كامل صدقي باشا ما يأتى :
"وتساؤل الرئيس عما إذا كان هناك محل للشفعة فى بعض حالات البيع الإدارى التى تتم بمظاريف مغلقة . فأجاب كامل مرسى بك بأن البيــوع التى يشير إليها الرئيس لاتدخل فى عداد البيوع الحاصلة بالمزاد العلنى وعليه فلا ريب فى جواز استعمال حق الشفعة فى مثل هذه البيوع" .
(مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٦ ص ٤٠٥ الهامش ومابعدها) .

البيع لصاحب العطاء الأكبر غير مكفول لما هو محتفظ به للحكومة عادة من الحق المطلق فى قبول أو رفض أى عطاء [١].

إذ قضت محكمة النقض بـأن :

" إن المادة الثالثة من قانون الشفعة تنص على منع الشفعة فيما بيـــع بالمزايـــدة (sila vente est faite aux enchéres publigues) ومقصود الشارع من النص – على ما جرى بـــه قضـــاء محكمـــة النقض– هو البيع بالمزاد طبقا لقواعد وإجـــراءات معينـــة قانونـــا تتضمن علانية العطاءات من جهة وإيقاع البيع حتما على صـــاحب العطاء الأكبر من جهة أخرى بحيث يمكن للشفيع إذا كانت له رغبة فى المبيع أن يشترك فى المزايدة ويتابع الزيادة حتى يرســو عليـــه المزاد . ولما كان بيع أراضى الحكومة الحرة بطريق المظـــاريف ليس فيه من علانية العطاءات ما يسمح لراغب الشـــراء بمتابعـــة الزيادة ، ثم لما كان وقوع البيع لصاحب العطاء الأكبر غير مكفول لما هو محتفظ به للحكومة من الحق المطلق فى قبول أو رفض أى عطاء ، ولوجوب اعتماد وزير المالية للبيع فى كل حـــال ، فـــالبيع الواقع من مصلحة الأملاك بطريق المظـــاريف لـــيس هـــو البيـــع

---

(١) محمد على عرفه ص ٥٥٠– عبد المنعم الصده ص ٤٦٠– محمد كامل مرسى ص ٣٨٦ .

بالمزايدة المنصوص عليه فى المادة الثالثة مـن قـانون الشـفعة ، فتجوز فيه الشفعة " .

(طعن رقم ٧٧ لسنة ١٦ ق جلسة ١٩٤٧/١١/٢٧)

٧٠ ـ ثانياً : وقوع البيع بين الأصول والفروع وبين الأقارب والأصهار حتى درجة معينة :

تنص المادة ٩٣٩ فى البند (ب) من الفقرة الأولى منها على أنه لايجوز الأخذ بالشفعة :

"(ب) إذا وقع البيع بين الأصول والفروع أو بين الـزوجين أو بين الأقارب لغاية الدرجة الرابعة ، أو بين الأصهار لغاية الدرجـة الثانية " .

والحكمة فى المنع من الأخذ بالشفعة فى هذه الحالة ، أن البيـع هنا يقوم على اعتبار شخصى ملحوظ ، فالصلة الوثيقة هـى التـى أدت إلى البيع على هذا النحو بحيث ما كان يتم بهذه الكيفية لو كان البيع لشخص آخر .

ولذا رأى الشارع أن فى إجازة الشفعة فى هذا البيـع تفويـت لغرض البائع ، وحرمان للمشترى من ثمار صلة الرحم ، وحصول

الشفيع على ميزات لم يكن البـائع ليـرض بمنحهـا لغيـر هـذا المشترى[١].

وقد عدد النص على سبيل الحصر الفئات التى يمتنع الأخذ منها بالشفعة ، وهى كالآتى :

١- البيع الذى يقع بين الأصول والفـروع :

ينطبق النص على كل البيوع التى تقع بين الأصول مهما علـوا والفروع مهما نزلوا ، سواء كان الأصل أم الفرع هـو البـائع أو المشترى .

فينطبق النص مهما كانت الدرجة بين الأصل والفـرع . فـلا شفعة إذا باع شخص عقاره لابنه أو لابن ابنه أو لابن ابن ابنه وإن نزل ، أو إذا باعه لأبيه أو لجده وإن علا .

وحكم النص يسرى أيضا ، فى الحالة التى يكون فيها المشترى والشفيع كلاهما من فروع البائع أو أصوله ، لأن النص إنما جـاء فى أحكام الشفعة ، ولأن مثل هذا النوع من البيع إن لم يكـن فـى الحقيقة هبة ففيه محاباة ، لايصح أن يسـتفيد منهـا إلا الشـخص المقصود بها دون غيره مهما كانت درجة قرابته مـن المتعاقـدين،

---

(١) نبيل سعد ص ٣٦٩ ومابعدها .

وليست الحكمة منع الأجنبى من تملك ما أراد الأصـل أن يملكـه لفرعه أو العكس .

وعلى هذا فإذا باع الجد عقارا إلى حفيده ، فلا يكون لابن البائع أن يشفع فى هذا العقار ولو قام به سبب من أسباب الشفعة بـدعوى أنه أقرب إلى البائع من المشترى [١].

٢- البيع الذى يقع بين الزوجين :

يمنع من الأخذ بالشفعة أن يكون البيع وقـع بـين الـزوجين ، ويستوى أن تبيع الزوجة إلى زوجها ، أو يبيع الزوج إلى زوجته .

ولكن يجوز الأخذ بالشفعة فى البيع الذى يقع بين الخاطبين[٢].

ولما كان الطلاق الرجعى يزيل الحل ولايزيل الملك ، فيجـوز للمطلق أن يراجع مطلقته فى فترة العدة ، بعكس الحال فى الطلاق البائن الذى يزيل الحل والملك ، ولايجوز للمطلق إعادة زوجته إلا بعقد ومهر جديدين ، فإن معنى ذلك أن الطلاق الرجعـى امتـداد للزوجية ، ويمنع البيع الحاصل فيه بين المطلقين فى فتـرة العـدة الأخذ بالشفعة ، بعكس الحال فى الطلاق البائن [٣].

٣- البيع الذى يقع بين الحواشى حتى الدرجة الرابعة :

---

(١) محمد كامل مرسى ص ٣٨٩- محمود عرفه ص ٥٥١ .

(٢) عبد المنعم الصده ص ٤٤٢ .

(٣) المستشار عزت حنوره ص ١٥٢ .

بيع المالك لأحد من أقاربه من الحواشى لغاية الدرجة الرابعة مانع من أخذ العقار المبيع بالشفعة .

وتحسب قرابة الحواشى طبقا لنص المادة ٣٦ من التقنين المدنى التى تجرى على أن : " يراعى فى حساب درجة القرابة المباشرة، اعتبار كل فرع درجة عند الصعود للأصل بخروج هذا الأصل، وعند حساب درجة الحواشى تعد الدرجات صعودا من الفروع للأصل المشترك ، ثم نزولا منه إلى الفرع الآخر ، وكل فرع فيما عدا الأصل المشترك يعتبر درجة " .

وأقارب الحواشى حتى الدرجة الرابعة طبقا للقاعدة الواردة بالمادة هم :

١- الأخ والأخت لأبوين أو لأب أو لأم (أقارب من الدرجة الثانية) .

٢- العم والخال والعمة والخالة (أقارب من الدرجة الثالثة) .

٣- أبناء العم وبنات العم ، وأبناء وبنات العمة ، وأبناء وبنات الخال ، وأبناء وبنات الخالة (أقارب من الدرجة الرابعة) .

وكانت الفقرة الثانية من المادة (٣) من قانون الشفعة (الملغى) تنص على أن قرابة الحواشي مانعة من الأخذ بالشفعة حتى الدرجة الثالثة [١].

---

(١) **وقد قضت محكمة النقض – في ظل هذا القانون – بأن** :
" إن قانون الشفعة حين قال في المادة الثالثة منه أن لا شفعة " فيما بيع من المالك لأحد أقاربه لغاية الدرجة الثالثة " لم يبين القاعدة في احتساب درجات القرابة . ثم إن الشريعة الإسلامية باعتبارها هي الأصل في نظام الشفعة لايجدي الرجوع إليها في هذا الصدد . وذلك : أولاً : لأن المادة المذكورة لم تنقل عن الشريعة الإسلامية وثانيا : لأن الشريعة الإسلامية وإن كانت قد تعرضت لدرجات القرابة وقال فقهاؤها إن الدرجة هي البطن ، فإنها لم تتعرض لكيفية احتساب الدرجات إذ هي لم ترتب أحكاما على تعددها. كذلك لم يأت الشارع في النصوص الأخرى التي أشار فيها إلى درجة القرابة بقاعدة لاحتسابها ، فيما عدا نصا واحدا في قانون المرافعات في المادة ٢٤٠ التي أشير فيها إلى هذه القاعدة بصدد رد أهل الخبرة إذ جاء بها بعد ذكر أنه يجوز رد أهل الخبرة إذا كان قريبا من الحواشي إلى الدرجة الرابعة : " ويكون احتساب الدرجات على حساب طبقات الأصول طبقة فطبقة إلى الجد الأصلي بدون دخول الغاية وعلى حسب طبقات الفروع طبقة فطبقة لغاية الدرجة الرابعة المذكورة بدخول الغاية " . وهذا النص وإن كان قد ورد في صدد معين فإن الطريقة التي أوردها في احتساب درجة القرابة هي الطريقة الواجب اتباعها في سائر الأحوال لا ، لأن النص ورد بها فحسب بل لأنها هي الطريقة التي تتفق والقواعد الحسابية في عد الدرجات . واحتساب الدرجات بمقتضى هذا النص يكون على أساس أن كل شخص يعتبر

٤- البيع الذى يقع بين الأصهار حتى الدرجة الثانية :

طبقة بذاته . وعلى ذلك يكون ابن العم أو العمة فى الدرجة الرابعة ، إذ هو طبقة ووالده طبقة والأصل المشترك (الجد) طبقة إلا أنها لاتحتسب ، ثم العم طبقة وابنه طبقة ، فهذه طبقات أربع .

ويظهر أن هذه الطريقة فى احتساب الدرجات قد نقلت عن المـادة ٧٣٨ من القانون المدنى الفرنسى التى جاء فى الفقرة الأولى منها ما ترجمته" يكون احتساب الدرجات بالنسبة إلى الأقارب من الحواشى على حسب الطبقات من القريب المراد احتساب درجته إلى الأصل المشترك من غير أن يدخل هذا فى العدد ثم منه إلى القريب الآخر " .

وجاء فى فقرتها الثانية تطبيقات للقاعدة فقالت : إن أولاد العم الأشقاء هم فى الدرجة الرابعة . والواقع أن درجة القرابة ما هى فى حقيقة أمرها إلا المسافة بين الشخص وأصله أو فرعه ، فيجب بالنسبة إلى الحواشى أن تعد المسافات التى تفصل بين الشخص المطلوب معرفة درجة قرابته والأصل المشترك ، ثم تضاف إليها المسافات التى بين هذا الأصل والقريب الآخر .

ومجموع هذه المسافات يكون درجة القرابة . وعلى ذلك فابن العم أو العمة يكون فى الدرجة الرابعة ، لأن بينه وبين أبيه مسافة ، وبين هذا وأبيه – وهو الأصل المشترك – مسافة ، ومن هذا لابنه مسافة ، ومنه لابنه مسافة ، فمجموع هذه المسافات أربع . وهذا هو حاصل القاعدة التى أوردها الشارع فى المادة ٢٤٠ قانون المرافعات . فالحكم الذى يعتبر ابن العمة فى الدرجة الرابعة وعلى هذا الأساس أجاز الشفعة فيما اشتراه من أبناء خاله يكون قد أصاب " .

(طعن رقم ٢٧ لسنة ١٤ ق جلسة ١٩٤٤/١١/٢٣)

استحدث المشرع هذا المانع فى نص المادة ٩٣٩ ، حيث لم يكن مقررا فى قانون الشفعة الملغى ، وهذا يعد مظهرا من مظاهر التضييق فى الشفعة . ولم يكن هذا المانع مقررا فى مشروع الحكومة، بل أضيف إلى المادة (٩٣٩) بناء على اقتراح لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ ، وذلك تحقيقا للفكرة المقصودة من النص وهي استبعاد الأجنبى على اعتبار أن الصفقة عائلية [١].

ولحساب درجة القرابة بالمصاهرة يرجع إلى نص المادة ٣٧ مدنى التى تجرى على أن : "أقارب أحد الزوجين يعتبرون فى نفس القرابة والدرجة بالنسبة إلى الزوج (الآخر) . فالزوج يعتبر قريبا من الدرجة الأولى من ناحية المصاهرة بالنسبة لأبى زوجته أو لابن زوجته من زوج آخر ، كذلك يعتبر كل منهما فى الدرجة الأولى بالنسبة إلى الزوج . وأخو الزوجة يعتبر قريبا بالمصاهرة من الدرجة الثانية بالنسبة للزوج وأخو الزوج يعتبر قريبا بالمصاهرة من الدرجة الثانية بالنسبة إلى الزوجة . فلا يجوز الأخذ بالشفعة إذن فى البيع الحاصل لأب الزوج أو الزوجة أو لأم الزوج أو الزوجة أو لزوج البنت وزوجة الابن فهؤلاء جميعا يعتبرون أقارب من الدرجة الأولى بالمصاهرة بالنسبة إلى البائع . ولا شفعة

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٦ ص ٤٠٩ .

كذلك فيما يباع لأخ الزوج أو الزوجة أو أختها ، إذ يكون المشترى فى هذه الحالة قريبا للبائع من الدرجة الثانية .

ويقف المنع عند ذلك ، فتجوز الشفعة فيما يبيعه أحد الـــزوجين لعم الزوج الآخر أو لعمته أو لابن أخى الزوج الآخر أوابن أخته ، إذ أن هؤلاء يعتبرون أقارب من الدرجة الثالثة بالمصاهرة .

وقد قضت محكمة النقض ـ بصدد القرابة بالمصاهرة ـ بأن :

" ... والقرابة وعلى ما أوردته نصوص المواد من ٣٤ حتـــى ٣٧ من التقنين المدنى إما أن تكون قرابة نسب أو قرابة مصـــاهرة ويخرج موضوع النزاع الماثل عن قرابة النسب إذ يتعلــق بقرابــة المصاهرة وقد عبرت عنها المادة ٣٧ من التقنين المــدنى فنصــت على أن أقارب أحد الزوجين يعتبرون فى نفس القرابـــة والدرجـــة بالنسبة إلى الزوج الآخر وهذا النوع من القرابة لا يوجد أى صـــله بين أقارب الزوج وأقارب زوجته وقرابة المصاهرة لاتنشأ أصـــلا من تصرف قانونى يكون الغرض منه إنشاء القرابة ذاتها وإنما تنشأ نتيجة لوجود التصرف القانونى كالزواج الذى يوجد صلة بين أسرة كل من الزوجين أما صلة الزوج بزوجته فهى مترتبة على رابطـــة الزواج لا على رابطة المصاهرة ولقرابة المصـــاهرة أهميـــة فـــى تحديد حقوق الشخص وواجباته قبل أعضاء أسرته أو فـــى معرفـــة

المحرمات من النساء وقد رتب القانون آثاراً قانونية مختلفة على درجة القرابة فيما يتعلق بالتعويض عن الضرر الأدبى قد قصره المشرع فى المادة ٢/٢٢٢ من التقنين المدنى على الأزواج والأقارب إلى الدرجة الثانية وفيما يتعلق بالزواج فقد حرم المشرع على الرجل أن يتزوج من بعض أصهاره تحريماً مؤبداً مثل أصول زوجته أى أمها وأم أمها وأم أبيها وإن علون سواء دخل بزوجته أو لم يدخل بها وكذلك فروع زوجته التى دخل بها أى بناتها وإن نزلن فقد حرم المشرع بنت الزوجة بشرط الدخول بأمها كذلك حرم المشرع على الرجل زواجه من زوجة أبيه أو جده أو زوجة الفرع أى زوجه ابنه أو ابن الإبن وإن نزلن وبجوار تلك القرابة التى حرمها الشرع تحريماً مؤبداً فى الزواج هناك المحرمات مؤقتاً وهى التى تحل فى حالة معينة وتستمر حرمتها وقتاً معيناً فترة بقائها على هذا الحال فهى حرمة مؤقتة فإذا زالت صح وإن تزوج المرأة من الرجل الذى كان حراماً عليها مثال ذلك أخت الزوجة فهى تعتبر فى حكم أخت الزوج وبنت أخت الزوجة فهى تعتبر فى حكم بنت أخت الزوج وهما محرمتان على الزوج بحكم قرابة المصاهرة التى ينشأ عنها التحريم المؤقت فإذا توفيت الزوجة أو طلقها زوجها وانتهت عدتها جاز له شرعاً أن يتزوج من أخت الزوجة أو بنت أختها لزوال المانع ولارتفاع سبب التحريم المؤقت إذ لايوجد حينئذ

جمع بين محرمين فى عصمته ومفاد ذلك أن قرابة المصاهرة فى تلك الحالة تزول حتماً بوفاة الزوجة أو طلاقها إذ لايستساغ القول بأن الزوج يصح زواجه من أخته أو بنت أخته حكماً وهذه النتيجة تختلف فى حالة التحريم المؤبد فلا أثر للوفاة أو الطلاق على قرابة المصاهرة فى تلك الحالة مما مؤداه أن درجة القرابة فى تلك الأحوال لها معنى مغاير عن غيرها وفق ما رتبه الشارع من أحكام لما كان ذلك وكان الواقع فى الدعوى أن المطعون ضدها وهى ابنة شقيقة زوجة المستأجر الأصلى والثابت من أقوال شاهديها بأن خالتها زوجة المستأجر- توفيت قبل زوجها ومن ثم ارتفع الحظر عنها وصارت أجنبية عن الزوج المستأجر لزوال المانع وارتفاع سبب التحريم بوفاه خالتها - زوجة المستأجر - وأصبحت حلالا له، فلا محل بعد ذلك للقول بأن المطعون ضدها تعتبر فى ذات الوقت بنت أخت المستأجر بعد زوال قرابة المصاهرة بزوال السبب فى إنشائها بوفاة الزوجة أو طلاقها وعلى ذلك فشرط القرابة المطلوب لتطبيق حكم المادة ١/٢٩ من القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ أصبح غير متوافر إذ المقصود بالأقارب فى حكم هذا النص القانونى هم الأقارب الذين ينسبون إلى الشخص بالزواج الصحيح القائم وقت الاستفادة من أحكام الامتداد القانونى فإذا انفصمت العلاقة الزوجية بالطلاق أو انتهت بالوفاة فلا يستفيد من الامتداد

القانونى إلا المحرمات على سبيل التأبيد متى توافرت لهم الإقامة المستقرة لمدة سنة سابقة على وفاة المستأجر أو تركه للعين المؤجرة ولايتسع هذا النص ليشمل الأقارب بالمصاهرة التى تزول قرابتهم بزوال سببها ذلك أن القرابة فى تلك الحالة قرابة اعتبارية محدودة الأثر وموقوتة بقيام سبب إنشائها فلا يثبت بها إرث ولاتقوم بها نفقة أقارب أو حضانة للصغير ولايترتب عليها بعد زوالها أى تحريم، لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد قضى للمطعون ضدها بأحقيتها فى استمرار عقد إيجار شقة النزاع لصالحها باعتبارها من أقارب المستأجر بطريق المصاهرة فإنه يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون بما يوجب نقضه دون حاجة لبحث باقى أوجه الطعن " .

(طعن رقم ٢١٩ لسنة ٦١ ق جلسة ١٩٩٥/١/٢٦)

٧١ ـ ثالثا: ما بيع ليجعل محل عبادة أو ليلحق بمحل عبادة :

تنص الفقرة الأولى من المادة (٩٣٩) مدنى على أنه لايجوز الأخذ بالشفعة :

(ج) إذا كان العقار قد بيع ليجعل محل عبادة أو ليلحق بمحل عبادة ".

وقد وردت عبارة " محل عبادة " فى النص مطلقة دون تحديد لدين معين يكون موضوع العبادة فلا يشمل الدين الإسلامى فقط بل

يشمل الدين المسيحى واليهودى إلا أن كل مطلق مقيد بعدم مخالفته للنظام العام أو الآداب . ولذا إذا كان ما يسميه البعض دينا من الأديان أو مذهبا من المذاهب يعتنق مالا يقره النظام العام أو الآداب، فإنه لايتحقق به وصف "محل عبادة" على المكان الذى تمارس فيه طقوسه . ومن ذلك النوع المخالف للنظام العام القديانية والبهائية والمجوسية عبادة النار ، والمذاهب التى تقدس المتعة الجنسية [١].

ويشمل النص الأماكن التى تباع لتلحق بمحل عبادة قائم فعلا، سواء لتوسعته أو ليكون مقصورة تخصص للنساء إذا أتين المسجد للصلاة ، أو لإضافة مرفق جديد إليه كدورة مياه .

كما يجب أن يكون العقار المبيع مخصص لإقامة الشعائر الدينية بالمعنى الحرفى للكلمة وما يلحق بها ، ويكون لازما لأدائها ، فلا تمتنع الشفعة إذا كان المقصود من البيع هو تخصيص المبيع لغرض دينى آخر غير مباشرة العبادات فيه ، فتجوز الشفعة فيما بيع ليجعل مكتبا لتحفيظ القرآن مثلا ، أو ليكون مدرسة أو مبرة ملحقة بمسجد .

---

(١) المستشار عزت حنوره ص ١٥٥ .

ومن باب أولى لايتحقق المانع ، وتجوز بالتالى الشفعة ، إذا كان المقصود بالبيع غرض غير دينى كما إذا كان العقار سيخصص لإقامة مؤسسة خيرية أو اجتماعية ، كإقامة عيادة أو مدرسة أو مكتبة (١).

وقد اقترح أحد أعضاء لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ التسوية فى الحكم بين محل العبادة وبين المدارس والمؤسسات الاجتماعية حيث ستحقق نفس الحكمة من تمكين المشترى من أن يخصص العقار لهذه الأغراض العامة ، فلم توافق اللجنة على هذا الاقتراح وأبقت الفقرة (ج) من المادة ٩٣٩ دون تعديل (٢).

وإذا كان الغرض من شراء العقار ليس هو جعله محلا للعبادة فقط، وإنما لهذا الغرض بالإضافة إلى غرض آخر ، كبناء مسجد وعمارة سكنية أو مسجد ومدرسة ، فإن ذلك لايكون مانعا من الأخذ بالشفعة ، ذلك أن النص لم يمنع الأخذ بالشفعة إلا "إذا كان العقار قد بيع ليجعل محل عبادة ... " مما يدل على أن المشرع يعنى بذلك العقار كله لا بعضه . ولما كان هذا المنع استثناء من أصل إجازة الشفعة ، فإنه يتعين الوقوف عند حد النص دون توسع .

---

(١) نبيل سعد ص ٣٧٠ – رمضان أبو السعود ص ٢٩٢ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٦ ص ٤٠٩.

أما إذا كان الغرض الأصيل هو إقامة دار للعبادة ويلحق مسكن لخادمها أو للإمام فإن هذا المسكن لايكون مقصودا لذاته وإنما هو مجرد تابع ملحق بالمسجد تيسيرا على خادمه أو الإمام والقاعدة أن الفرع يتبع الأصل . ويتحقق فى هذه الصورة المانع من الأخذ بالشفعة فى هذا البيع (١).

وقد أخذت محكمة النقض فى قضاء حديث لها فى تحديد المسجد بأرجح الأقوال من مذهب أبى حنيفة ، والذى يشترط فى المسجد خلوصه لله تعالى وانقطاع حق العباد عنه ، بحيث إذا كان علوا تحته سفل مملوك أو كان سفلا فوقه علو مملوك لايصير مسجدا لأنه لم يخلص لله لتعلق حقوق العباد به بغير الصلاة .. **إذ قضت بتاريخ ١٩٩٧/١١/٣٠ فى الطعن رقم ٦٩٠٨ لسنة ٦٦ق بأن :**

" وحيث إن هذا النعى فى محله ، ذلك أن مناط بالشفعة فى جميع الأحوال ألا يقوم مانع من موانعها أو يتخلف شرط من شروطها أو يتحقق سبب من أسباب سقوطها، وإذ كان من موانع الأخذ بالشفعة وعلى ما أوردته المادة ٩٣٩ من القانون المدنى أنه لايجوز الأخذ بالشفعة إذا كان العقار بيع ليجعل محل عبادة أو

---

(١) المستشار عزت حنوره ص ١٥٦ ومابعدها .

ليلحق بمحل عبادة بما مفاده أن المشرع حفاظا منه وتقديراً لهذا الغرض الدينى الذى تم البيع من أجله منع الأخذ بالشفعة فى هذا البيع لأن الشفعة ما شرعت أصلا إلا لدفع المضار التى تلحق بالشفيع ولايسوغ التضرر من دار للعبادة وفى القضاء بالشفعة فى هذه الحالة ما ينافى طبيعة العقد وتفويت للأغراض المنشودة منه، وإذ يشترط فى المسجد – على أرجح الأقوال فى مذهب أبى حنيفة- خلوصه لله تعالى وانقطاع حق العباد عنه ، بحيث إذا كان علوا تحته سفل مملوك أو كان سفلا فوقه علو مملوك . لايصير مسجدا لأنه لم يخلص لله لتعلق حقوق العباد به بغير الصلاة فيه ولأن فى وجود مسكن أو مستغل فوقه أو تحته ما ينافى تعظيمه، كما أن شرط اعتبار الأماكن المخصصة للعبادة البر والإحسان من أملاك الدولة- وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – هو أن تكون فى رعاية الحكومة تدير شئونها وتقوم بالصرف عليها من أموال الدولة ، وكان قيام حق الشفيع فى طلب الأخذ بالشفعة إنما ينشأ بالبيع مع قيام المسوغ ، إلا أن العين المشفوعة لاتصير فى ملك الشفيع – فى غير حالة التراضى – إلا بالحكم النهائى القاضى بالشفعة ، بما لازمه أنه إذا ما صارت العين المشفوعة مسجدا تسلمته وزارة الأوقاف لإدارة شئونه قبل صدور الحكم النهائى المثبت للشفعة امتنع على الشفيع أخذها بالشفعة بعد

أن خرجت من ملك العباد عموما إلى ملك الله تعالى ، فإنه إذا ما ادعى الشفيع عدم صحة الغرض الذى تمسك به المشترى من أنه قصد من شرائه العقار المبيع جعله محلا للعبادة - مسجدا - لمخالفته الحقيقية والواقع فإن عليه إثبات ذلك، لما كان ما تقدم وكان البين من الأوراق أن الطاعن تمسك أمام محكمة الموضوع بدفاعه محل النعي وقدم ما يتساند إليه في أن العين المشفوعة مقام عليها مسجد يقصده المصلون وتسلمته وزارة الأوقاف للإشراف عليه، وكان الحكم المطعون فيه قد واجه هذا الدفاع بأنه قول غير صحيح. ومردود عليه بأن المادة (٩٤٦) من القانون المدني نظمت هذا الأمر، وأن الأرض لم تتوافر فيها أي حالة من الحالات المانعة من أخذها بالشفعة..... وأن الأرض لم تبع لإقامة مسجد عليها ..... على نحو ما سلف بيانه، وكان هذا الذي ذهب إليه الحكم المطعون فيه وأقام قضاءه عليه لا يواجه دفاع الطاعن ولا يصلح رداً عليه، وبعه حجب الحكم نفسه عن التثبت مما آلت إليه العين المشفوعة وبحث وتمحيص دفاع الطاعن الذي من شأنه لو أنه عنى ببحثه وتمحيصه وصح أن يتغير به وجه الرأي ي الدعوى فإنه يكون معيباً بما يوجب نقضه لهذا السبب دون حاجة لبحث باقي أسباب الطعن".

٧٢ ـ رابعاً: الوقف

تنص المادة (٩٣٩) في فقرتها الثانية على أن «ولا يجوز للوقف أن يأخذ بالشفعة» وهذا ما قضت به المادة (٤) من قانون الشفعة الملغي.

وعلة عدم ثبوت الشفعة للوقف ظاهرة، لأن الشفيع في هذه المادة إما أن يكون ناظر الوقف وهو وكيل، وإما أن يكون أحد المستحقين وهو ليس بمالك أيضاً وقد كانت المادة (٥١) من القانون المدني القديم تقضي بأنه: «لا يجوز الأخذ بالشفعة في العقار المبيع من الوقف أو له» ولكن هذا الحكم لم يرد لا في قانون الشفعة ولا في القانون المدني الجديد. ومن مقتضى ذلك جواز الشفعة في العقار المبيع من الوقف إذ أن الترخيص ببيعه يقتضي حتماً إنهاء الوقف فيه، فيصبح ملكاً تجوز الشفعة فيه.

أما إذا استبدلت بعين من أعيان الوقف عين أخرى فلا يجوز الشفعة في أيهما لأن الاستبدال معاوضة، والشفعة لا تثبت إلا في البيع.

وإذا اشتريت بمال البدل عين للوقف فلا تجوز الشفعة فيه إذا أن ما يحل محل الموقوف يندرج في الوقف ويجري مجراه، والأصل أن مال البدل يعتبر وقفاً فلا تثبت الشفعة في المبدل منه[1].

---

(١) محمد على عرفه ص٤٧٥.

أما إذا كان البدل حاصلاً بمبلغ من المال فإنه يعد في حكم المبيع ويكون محلاً في هذه الحالة لإجازة الشفعة للعقار الموقوف الذي استبدل بمبلغ نقدي إذ أن هذا الاستبدال يعد بيعاً[١].

ومما تجدر الإشارة إليه أنه إذا كان البيع الثاني من البيوع التي لا يجوز الأخذ فيها بالشفعة، فإنه يمتنع على الشفيع الأخذ بها حتى في البيع الأول الذي يجيزها.

وقد أوضحت ذلك محكمة النقض في حكم حديث لها ذهبت فيه إلى أن:

---

(١) وقد جاء بمناقشات (لجنة المرحوم كامل صدقي باشا) بمحضر جلسة ١٩٣٧/١٢/١٠ ما يأتي:

«وقال مصطفى الشوربجي إن نص المادة (٣) آنفة الذكر لا يجيز للوقف أن يأخذ بالشفعة، فهل تجوز الشفعة في حالة انتهاء الوقف عن طريق البدل مقابل ثمن دفع لشراء عقار آخر يحل محل عقار الوقف المستبدل. فلاحظ الرئيس بأنه إذا حصل البدل بين عقار موقوف وعقار آخر فمن البديهي عدم جواز الشفعة. في هذا البدل- أما إذا كان البدل حاصلا بمبلغ من المال فإنه يعد في حكم البيع ويكون هناك محل في هذه الحالة لإجازة الشفعة بالنسبة للعقار الموقوف الذي استبدل بمبلغ نقدي إذ أن هذا الاستبدال يعد بيعاً. فأقرت اللجنة رأي الرئيس»

(مجموعة الأعمال التحضيرية ج٦ ص٤٠٧)

(أ) «إذا كان البيع الثاني من البيوع التي لا يجوز الأخذ فيها بالشفعة، فإنه يمتنع على الشفيع الأخذ بها حتى في البيع الأول الذي يجيزها، لأن البيع الثاني -إذا كان جدياً- فإنه ينسخ البيع الأول أما إذا كان بيعاً صورياً صورية مطلقة، فإنه يكون منعدماً قانوناً، غير قائم أصلاً في نية عاقديه، فلا تترتب آثاره ولا تنتقل بمقتضاه ملكية العقار إلى المشتري الثاني. ويبنى على ذلك أنه إذا طلبت الشفعة في بيع يجوز الأخذ فيه بالشفعة، وطعن الشفيع بالصورية المطلقة على بيع ثان وثبتت صوريته، فإن عدم جواز الأخذ بالشفعة في هذا البيع الثاني لأي سبب من الأسباب، لا يحول دون الأخذ بها في البيع الأول متى توافرت شروط الشفعة فيه، ومن ثم يكون لزاماً على المحكمة أن تتصدى ابتداء لبحث الطعن بالصورية المطلقة، وتقول كلمتها فيه، فإذا ثبتت صوريته كان منعدماً غير منتج لأي أثر قانوني، ولو كان مسجلاً».

(ب) "إذا كان الواقع في الدعوى -على نحو ما حصله الحكم المطعون فيه- أن الطاعنة شفعت في البيع الأول الحاصل بتاريخ .... ـ وهو بيع يجوز الأخذ فيه بالشفعة ـــ وطعنت بالصورية المطلقة في عقد البيع الثاني المؤرخ ....، فإن وجود مانع يمنع من الأخذ بالشفعة في هذا البيع الأخير لا يحول دون تحقيق هذه الصورية، وتمكين الطاعنة من إثباتها توصلاً إلى إهدار أثره.

وإذ كان البين مما أورده الحكم في مدوناته أن محكمة الاستئناف فهمت خطأ أن الطعن بالصورية ينصب على الثمن فقد في البيع الثاني- في حين أنه طعن بصورية هذا العقد صورية مطلقة- وجرها هذا الخطأ في فهم الواقع إلى خطأ في تطبيق القانون حيث انتهت إلى أنه «حتى لو كان هذا الثمن دون الثمن الحقيقي ...... فإن الشفعة غير جائزة لأن المشترية تنتمي بصفة مصاهرة من الدرجة الأولى للبائع» فإن الحكم يكون- فضلاً عن خطئه في فهم الواقع في الدعوى- قد أخطأ في تطبيق القانون، وشابه قصور مبطل».

(طعن رقم ٢٧٤١ لسنة ٦٣ق جلسة ٢٠٠٠/١١/٢٨ لم ينشر بعد)

٧٣ ـ بعض موانع الشفعة في القوانين الأخرى:

وردت بعض موانع الأخذ بالشفعة في بعض القوانين الأخرى، نذكر منها ما يأتي:

١) المرسوم بقانون رقم ١٧٨ لسنة ١٩٥٢ (المعدل) بالإصلاح الزراعي:

تنص المادة التاسعة من المرسوم بقانون المذكور على أن: «توزع الأرض المستولى عليها في كل قرية على صغار الفلاحين بحيث يكون لكل منهم ملكية صغيرة لا تقل عن فدانين ولا تزيد على خمسة أفدنة تبعاً لجودة الأرض.

ويشترط فيمن توزع عليه الأرض:

....

ولا يجوز أخذ الأراضي التي توزع بالشفعة...... إلخ».

والأراضي المذكورة هل التي يتم الاستيلاء عليها من كبار الملاك طبقاً لأحكام المرسوم بقانون المذكور.

والعلة من منع الشفعة في الأراضي الموزعة، هو مراعاة الشارع في توزيعها اعتبارات خاصة تتعلق بالحالة الاجتماعية للموزعِ عليهم، ومنحها لهم بأسعار زهيدة، بقصد رفع مستوى معيشتهم ورفع الغبن الذي كان واقعاً عليهم قبل قيام ثورة ٢٣ يوليو سنة ١٩٥٢.

٢ـ القرار بقانون رقم ٥٠ لسنة ١٩٦٩ (المعدل) بتعيين حد أقصى لملكية الأسرة والفرد في الأراضي الزراعية وما في حكمها:

تنص المادة الأولى من القرار بقانون رقم ٥٠ لسنة ١٩٦٩ (المعدل) بتعيين حد أقصى لملكية الأسرة والفرد في الأراضي الزراعية وما في حكمها على أنه: لا يجوز لأي فرد أن يمتلك من الأراضي الزراعية وما في حكمها من الأراضي البور والصحراوية أكثر من خمسين فداناً ... وكل تعاقد ناقل للملكية يترتب عليه مخالفة هذه الأحكام يعتبر باطلاً ولا يجوز شهره.

وتنص المادة السادسة على أن تستولى الحكومة خلال سنة من تاريخ العمل بهذا القانون- على الأراضي الزائدة عن الحد الأقصى للملكية.

والمقرر أن وضع أقصى للملكية مما يتعلق بالنظام العام. ومن ثم إذا كانت ملكية الشفيع خمسين فداناً من الأراضي المذكورة فإنه يكون ممنوعاً من الأخذ بالشفعة في أراضي أخرى لأن ملكيته ستزيد على الحد الأقصى المقرر قانوناً.

وقد قضت محكمة النقض -في ظل المادة الأولى من قانون الإصلاح الزراعي- بأن:

«متى تبين أن الشفيع يملك قبل الحكم بالشفعة أكثر من مائتي فدان فإن الحكم لا يكون قد خالف القانون فيما انتهى إليه من أن الحكم بالشفعة في هذه الحالة من شأنه مخالفة ما نصت عليه المادة الأولى من المرسوم بقانون رقم ١٧٨ لسنة ١٩٥٢ بشأن الإصلاح الزراعي التي تقضي ببطلان كل عقد تترتب عليه مخالفة ما نصت عليه تلك المادة من عدم جواز زيادة ملكية الفرد عن مائتي فدان لتعلق حكم هذه المادة بقاعدة من قواعد النظام العام- ولا محل للاستناد إلى القانون رقم ٢٦٧ لسنة ١٩٥٦ الذي أجاز للأفراد أن يتملكوا أكثر من مائتي فدان عن طريق الميراث أو الوصية أو غير ذلك من أسباب كسب الملكية غير العقود وأباح لهؤلاء أن يتصرفوا

فيما زاد عن المائتي فدان خلال سنة من كسب الملكية غير مقيدين بالقيود التي نص عليها المرسوم بقانون رقم ١٧٨ لسنة ١٩٥٢ في خصوص من يملكون أكثر من مائتي فدان وقت صدوره ذلك لأن حكم الشفعة وإن كان سبباً مستقلاً لكسب الملكية إلا أنه يأخذ حكم العقد إذ بحكم الشفعة تنصرف آثار عقد البيع إلى الشفيع لأن الملكية في حالة الحكم بالشفعة تكون قد اكتسبت بعمل إرادي من جانب الشفيع وهو ما هدف المشرع إلى تحريمه إذا كان الشفيع يملك قبل الحكم بالشفعة أكثر من مائتي فدان وإن في إباحة تملك ما يزيد على مائتي فدان بالشفعة تحايلا على أحكام المرسوم بقانون رقم ١٧٨ لسنة ١٩٥٢، أما الوصية والميراث وما جرى مجراهما من أسباب كسب الملكية فإن الأمر فيها يتم بغير سعي من جانب من آلت إليه الملكية».

(طعن رقم ٢٣٥ لسنة ٢٣ق جلسة ١٩٥٧/١١/١٤)

كما قضت في ظل المادة السادسة من القانون رقم ٥٠ لسنة ١٩٦٩ بأن:

«النص في المادة السادسة من القانون رقم ٥٠ لسنة ١٩٦٩ الخاص بتعيين حد أقصى لملكية الأسرة والفرد في الأراضي الزراعية وما في حكمها، على عدم الاعتداد في تطبيق هذا القانون بتصرفات الملاك السابقة ما لم تكن ثابتة التاريخ قبل تاريخ العمل

به، إنما هو نص خاص وضعه المشرع لمعالجة حالة خاصة، هـي حالة التصرفات الصادرة من الملاك قبل العمل بهذا التشريع رغبة منه في استقرار المعاملات ولتقديره أن التصرفات التي تمت بعقود ثابتة قبل العمل به انتفى عنه شبه الصورية والتحايل على القـانون وعلى أساس هذا التقدير قرر الاعتداد بهذا استثناء في مواجهة جهة الإصلاح الزراعي، وإذ جاء هذا الاستثناء مقصوراً على التصرفات الثابتة التاريخ قبل العمل بالقانون المذكور فإن الحكم المطعون فيه- إذ قضى برفض دعوى الطاعن بالشـفعة لأن ملكيتـه للأراضـي الزراعية سوف تزيد على الحد الأقصى المقرر قانوناً -ولم يعتـد بالتصرف الصادر منه- لبناته بعد العمل به لا يكـون قـد خـالف القانون».

(طعن رقم ٢٠٧ لسنة ٤٣ق جلسة ١٩٧٦/١٢/٩)

٣- القرار بقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤ (المعـدل) بشـأن التصرف في العقارات المملوكة للدولة ملكية خاصة.

نصت المادة (٥٨) من القرار بقانون المذكور على أن: «تؤول ملكية العقارات التي يتم التصرف فيها وفقاً لأحكام هذا القانون إلى المتصرف إليهم محملة بما عليها مـن حقـوق الارتفـاق. دون أن يترتب على ذلك أي حصر في المطالبـة بتعـويض مقابـل هـذه الحقوق.

وفي جميع الأحوال لا يجوز أخـذ العقـارات المشـار إليهـا بالشفعة». والعلة في منع الشفعة في هذه الحالة هي أن الدولة تبيـع عقاراتها عادة لتحقق أغراضاً اجتماعية أو اقتصادية تقـوم علـى مصالح عامة، وليس بغرض مالي بحت، وهي لذلك تتطلـب فـي المشتري صفات خاصة وتراعي في تحديد الثمن الغرض المقصود من البيع، ولذا فإن إجازة الشفعة في هذه البيوع يفوت على الدولـة هذا الغرض.

ولقد سبق للقضاء التوصل لهذه النتيجة في مثل هذه البيوع من قبل صدور القوانين التي نصت صراحة على المنـع مـن الأخـذ بالشفعة.

وذلك تأسيساً على تكييف البيع الـذي يقـوم علـى اعتبـارات خاصة، بأنه ليس بيعاً محضاً وإنما تصرف ذو طـابع خـاص لا تجوز الشفعة فيه [١].

وقد قضت محكمة النقض بأن:

١ – «متى كان الحكم إذ قضى برفض دعـوى الشـفعة أقـام قضاءه على أن التصرف الصادر من المطعون عليها الأولى إلـى المطعون عليه الثاني ليس بيعاً تجوز فيه الشفعة وإنما هو تصـرف

---

(١) المستشار عزت حنوره ص٥٨ وما بعدها.

ذو طابع خاص روعي فيه إيثار المتصرف إليه بالأولوية في شراء الأطيان المبيعة موضوع طلب الشفعة لاعتبارات منها ما يتعلق بشخص المتصرف إليه لقيامه بإصلاح الأرض المتصرف له فيها ومنها ما يتعلق بمصالح اجتماعية واقتصادية ترمي إلى رفع مستوى صغار المزارعين وتوفير أسباب العيش لهم والتشجيع على إصلاح الأراضي البور- فضلاً عن أن الثمن المسمى بالعقد لا يمثل حقيقة قيمة العين المبيعة وقت البيع، فإن هذا الحكم لا يكون قد خالف القانون، ذلك بأن القضاء بالشفعة في مثل هذه الحالة يتنافى مع طبيعة العقد وفيه تفويت للأغراض المنشودة منه».

(طعن رقم ٣٥٧ لسنة ٢١ق جلسة ١٩٥٣/٢/٢٦)

٢- «إذا كان المشتري قد تمسك بعدم جواز الشفعة في أرض اشتراها بطريق الممارسة من مصلحة الأملاك بثمن روعي في تقديره اعتبارات خاصة وكان الحكم إذ قضى بالشفعة لم يرد على هذا الدفاع الجوهري فإنه يتعين نقضه. ذلك أنه متى كان البيع مقصوراً على أشخاص معينين فلا يمكن حصوله لغيرهم مهما ألحت عليهم الحاجة في شرائها ومهما زايدوا على أثمانها، ويعتبر البيع في هذه الأحوال متراوحاً بين البيع والهبة والصلح لأن تقدير الثمن تراعي فيه اعتبارات تتعلق بشخصية المشتري من ناحية

وبمصالح عليا اجتماعية وسياسية من الناحية الأخرى وكل ذلـك لا يمكن تقديره بثمن».

(طعن رقم ٧٤ لسنة ٢٢ق جلسة ١٩٥٦/٢/١٦)

كما رددت محكمة النقض هذا القضاء في حكم حديث لها صادر بتاريخ ١٩٨٥/١٢/٢٦ في الطعن رقم ٢٤١١ لسنة ٥٤ق حيث كان العقار المشفوع فيه قد بيع إلى رئيس مجلس إدارة الجمعية التعاونية لبناء المساكن لأعضاء هيئة التدريس والعاملين بالجامعة بصفته) وقد جاء بالحكم:

«وحيث إن هذا النعي في محله ذلك أن المقرر في قضاء هـذه المحكمة أنه متى كان البيع مقصوراً على أشخاص معينين فلا يمكن حصوله لغيرهم مهما ألحت عليهم الحاجة في شراء العقار المبيع ومهما زايد وأعلى ثمنه ويعتبر البيع في هذه الأحوال متراوحاً بين البيع والهبة والصلح لأن تقدير الثمن تراعي فيه اعتبارات تتعلق بشخصية المشتري من ناحية وبمصالح عليا اجتماعية وسياسية من الناحية الأخرى - وكل ذلك لا يمكن تقديره بثمن- فالقضاء بالشفعة في مثل هذه الأحوال - يتنافى مع طبيعة العقد وفيه تفويت للأغراض المنشودة منه. لما كان ذلك وكان الثابت من الأوراق أن الطاعنين قد تمسكا في صحيفة الاستئناف بأن البيع الحاصل من أولهما لثانيهما ليس من البيوع التي يجوز فيها الشفعة استناداً إلى

أنه تصرف ذو طابع خاص روعي فيه إيثار المتصرف إليه بصفته بالصفقة لما فيه من تحقيق مصالح اجتماعية واقتصادية لهيئة التدريس بالجامعة وأن الثمن المسمى بالعقد لا يمثل قيمة العين المبيعة وقت البيع فإن الحكم المطعون فيه إذ رد على دفاع الطاعنين بمجرد القول «بأن الجمعية التي يمثلها الطاعن الثاني لها شخصية اعتبارية مستقلة عن الجامعة التي يمثلها الطاعن الأول» دون أن يمحص دفاعها من أن البيع روعي فيه اعتبارات خاصة بالمشتري وأن هذه الاعتبارات كان لها أثرها في تحديد الثمن رغم أنه دفاع جوهري من شأنه لو ثبت أن يتغير به وجه الرأي في الدعوى، وكان ما أورده الحكم في صدده لا يواجهه ولا يصلح رداً عليه فإنه يكون معيباً بالقصور في التسبيب بما يوجب نقضه لهذا السبب دون حاجة لبحث باقي أسباب الطعن على أن يكون مع النقض الإحالة».

(طعن رقم ٢٤١١ لسنة ٥٤ق جلسة ١٩٨٥/١٢/٢٦)

إجراءات الشفعة:

مادة (٩٤٠)

على من يريد الأخذ بالشفعة أن يعلن رغبته فيها إلى كل من البائع والمشتري خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ الإنذار الرسمي الذي يوجهه إليه البائع أو المشتري وإلا سقط حقه. ويزاد على تلك المدة ميعاد المسافة إذا اقتضى الأمر ذلك.

الشرح

إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة:

٧٤ ـ وجوب إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة إلى البائع والمشتري:

توجب المادة على من يريد الأخذ بالشفعة إعلان رغبته في الأخذ بالشفعة إلى كل من البائع والمشتري، فلا يغني إعلان أحدهما بهذه الرغبة عن إعلان الآخر.

وكان هذا الحكم مقرراً أيضاً في الفقرة الأولى من المادة (١٤) من قانون الشفعة (الملغي) إذ كانت تنص على أن: «يجب على من يرغب الأخذ بالشفعة أن يعلن للبائع والمشتري طلبه لها كتابة على يد محضر ... إلخ».

وقد قضت محكمة النقض في ظل هذا النص بأن:

«إن المادة الرابعة عشرة من قانون الشفعة قد نصت علـــى أن دعوى الشفعة ترفع على البائع وعلى المشتري وإلا ســقط الحــق فيها. ومع وجود هذا النص الصريح لا محل للاجتهاد والقول بـــأن البائع ليس خصماً حقيقياً في دعوى الشفعة وأنه لا يترتب على عدم إعلانه سقوط الحق فيها».

(طعن رقم ١٧ لسنة ١٣ق جلسة ١٩٤٣/١٠/٢١)

٢ – «إنه إن صح القول بعدم وجوب إعلان الرغبة في الشفعة إلى البائع لعدم النص صراحة على السقوط في المادة الرابعة عشرة من قانون الشفعة وعدم ذكر البائع صراحة في الفقرة (ثانيــا) مــن المادة التاسعة عشرة فإن ذلك لا يؤثر في سقوط الحق في دعــوى الشفعة إذا لم ترفع على البائع مع المشتري في ميعاد ثلاثين يومــاً من وقت إعلان الرغبة ما دام الشارع -كما سلف- قد نص علـــى السقوط عند عدم مراعاة ذلك».

(طعن رقم ١٧ لسنة ١٣ق جلسة ١٩٤٣/١٠/٢١).

٣ – ميعاد إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة:

حددت المادة ميعاد إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة إلى كل من البائع والمشتري خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ الإنذار الرسمي الذي يوجهه إليه البائع أو المشتري.

وعلى ذلك لا يجوز احتساب هذا الميعاد من تاريخ العلم اليقيني بحصول البيع، كما كان الحال في ظل قانون الشفعة الملغي إذ كانت المادة التاسعة عشرة منه تجعل هذا الميعاد من وقت علم الشفيع بالبيع أو من وقت تكليفه رسمياً بإبداء رغبته .... فلا يبدأ هذا الميعاد إذن إلا من تاريخ الإنذار الرسمي المذكور، ولو كان الشفيع عالماً بالبيع علماً يقيناً قبل هذا التاريخ. وبذلك يكون النص الجديد قد قضى على الإشكالات العديدة التي كانت تثور في ظل قانون الشفعة إذ أن من مصلحة البائع والمشتري أن يتمسكا دائماً بعلم الشفيع بحصول البيع توصلاً إلى الدفع بسقوط حقه في الشفعة لعدم إبداء رغبته فيها خلال الميعاد القانوني. في حين أن مصلحة الشفيع تقتضي إنكار علمه بالبيع في التاريخ الذي يدعيه البائع أو المشتري حتى يفلت من الدفع بسقوط حقه في الأخذ بالشفعة. ولما كان تحديد تاريخ العلم بالبيع مسألة واقعية، فقد كان من مقتضى ذلك أن يستطيل النزاع حتى يتثبت القاضي من تاريخ العلم، وهو ما كان

يقتضي دائماً إحالة الدعوى إلى التحقيق لسماع شـهود كـل مـن الطرفين إثباتاً ونفياً (١).

غير أن هذا لا يمنع الشفيع من أن يبادر بإعلان رغبته بمجـرد علمه بالبيع دون انتظار وصول الإنذار إليه، إذ ليس في القانون ما يحول بينه وبين ذلك، ولم يقصر المشرع بمـا أورده فـي المـادة

---

(١) وكانت المادة (١٣٨٨) من المشروع التمهيدي للتقنين المـدني الجديـد المقابلة للمادة (٩٤٠ مدني) وكما أقرتها لجنة المراجعة تجعـل ميعـاد إعلان الرغبة في الشفعة خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ «علمه بالبيع أو من تاريخ الإنذار الرسمي الذي أعلنه به البائع أو المشتري». وفـي مجلس النواب عدلت لجنة الشئون التشريعية المادة بحذف عبارة «مـن تاريخ علمه بالبيع أو» وجاء بتقريرها أنه: «وبناء عليه يكون للشفيع أن يعلن رغبته في الأخذ بالشفعة في خلال خمسة عشر يوماً مـن تـاريخ الإنذار الرسمي وكان النص الأصلي يوجب إعلان الرغبة فـي خـلال خمسة عشر يوماً من تاريخ العلم بالبيع أو الإنذار الرسمي. وقـد دلـت التجارب على أن إثبات العلم بالبيع كواقعة ماديـة يثيـر كثيـراً مـن الإشكالات والقضايا فحسماً لذلك رأت اللجنة أن تبدأ المدة مـن تـاريخ الإنذار الرسمي وحده ...»، وقد أيدتها في ذلك لجنة القـانون المـدني بمجلس الشيوخ.

(مجموعة الأعمال التحضيرية ج٦ ص٤١٥ وما بعدها).

(٩٤٠) من تحديد بداية الأجل سوى بيان لزوم هذا الإنذار لسريان الميعاد.

وقد قضت محكمة النقض بأن:

١- «لئن كان علم الشفيع بحصول البيع لا يعتبر ثابتاً في نظر الشارع في القانون المدني القائم إلا من تاريخ الإنذار الرسمي الذي يوجهه إليه البائع أو المشتري. ولا يسري ميعاد الخمسة عشر يوماً الذي يسقط حق الشفيع إذا لم يعلن رغبته في الأخذ بالشفعة قبل إنقضائه إلا من تاريخ هذا الإنذار مما مؤداه أنه لا إلزام على الشفيع بإعلان رغبته إلا بعد إنذاره من المشتري أو البائع ولو علم بالبيع قبل ذلك، فإنه يستطيع مع هذا أن يبادر بإعلان رغبته بمجرد علمه بالبيع دون انتظار وصول الإنذار إليه إذ ليس في القانون ما يمنعه من ذلك، ولم يقصد المشرع بما أورده في المادة (٩٤٠) من القانون المدني تحديد بداية الأجل الذي يجوز للشفيع إعلان رغبته فيه أو أن يجعل من إنذار المشتري والبائع إجراء حتمياً يتوقف على اتخاذه صحة إعلان الرغبة وإنما قصد المشرع إلى بيان لزوم هذا الإنذار لسريان ميعاد الخمسة عشر يوماً المقرر لسقوط حق الشفيع».

(طعن رقم ٥٦٥ لسنة ٣٤ق جلسة ١٩٦٨/١٢/٢٦)

٢- «لا يعتبر علم الشفيع بالبيع ثابتاً في نظر الشارع في

القانون المدني القائم إلا من تاريخ الإنذار الرسمي الذي يوجهه إليه البائع أو المشتري بحصول البيع ولا يبدأ سريان ميعاد إبداء الرغبة إلا من تاريخ هذا الإنذار، ولو علم بالبيع قبل ذلك، ما لم يسجل عقد البيع، ولا عليه إن هو أبدى الرغبة في الأخذ بالشفعة قبل توجيه الإنذار إليه».

(طعنان رقما ٢٨١، ٩٥٢ لسنة ٤٩ق جلسة ١٩٨١/٣/١٢)

٣- «لئن كان علم الشفيع بحصول البيع لا يعتبر ثابتاً في نظر المشرع في القانون المدني إلا من تاريخ الإنذار الرسمي الذي يوجهه إليه البائع أو المشتري، ولا يسري ميعاد الخمسة عشر يوماً الذي يسقط حق الشفيع إذا لم يعلن رغبته في الأخذ بالشفعة قبل انقضائه إلا من تاريخ هذا الإنذار مما مؤداه أنه لا إلزام على الشفيع بإعلان رغبته إلا بعد إنذاره من المشتري أو البائع ولو علم بالبيع قبل ذلك، فإنه يستطيع مع هذا أن يبادر بإعلان رغبته بمجرد علمه بالبيع دون انتظار وصول الإنذار إليه، إذ ليس في القانون ما يمنعه من ذلك، ولم يقصد المشرع بما أورده في المادة (٩٤٠) من القانون تحديد بداية الأجل الذي يجوز للشفيع إعلان رغبته فيه أو أن يجعل من إنذار المشتري أو البائع إجراء حتمياً يتوقف على اتخاذه صحة إعلان الرغبة وإنما قصد المشرع إلى بيان لزوم هذا

الإنذار لسريان ميعاد الخمسة عشر يوماً المقرر لسقوط حق الشفيع».

(طعن رقم ٨٣٢ لسنة ٤٧ق جلسة ١٩٨١/٣/١٧)

٤- «وحيث إن هذا النعي سديد، ذلك بأنه لما كان القانون المدني قد وضع نظاماً معيناً لإجراءات الأخذ بالشفعة نص عليه في المواد من (٩٤٠ إلى ٩٤٣) وجعل إجراءات هذا النظام مرتبطة بعضها ببعض ارتباطاً وثيقاً وماسة بذات الحق وأوجب اتباعها وإلا سقط الحق في الشفعة وكانت هذه الإجراءات جميعاً تبدأ من جانب الشفيع من تاريخ إعلان رغبته في الأخذ بالشفعة وأن المشرع أوجب في المادة (٩٤٠) من القانون المدني على المشتري أو البائع إنذار الشفيع بحصول البيع وحدد في المادة (٩٤١) من ذات القانون البيانات التي يجب أن يشتمل عليها وهي بيان العقار الجائز أخذه بالشفعة بياناً كافياً وبيان الثمن والمصروفات الرسمية وشروط البيع واسم كل من البائع والمشتري ولقبه وصناعته وموطنه وذلك بهدف علم الشفيع الشامل بأركان البيع الجوهرية لكي يقدر مصلحته في طلب الشفعة ويتمكن من توجيه طلبه إلى من يجب توجيهه إليه، فإن القانون يكون قد حدد طريقة خاصة لهذا العلم وهو ذلك الإنذار الرسمي المتضمن لتلك البيانات وأنه لا مجال للاعتداد بعلم الشفيع بها بغير تلك الوسيلة التي حددها القانون. فإذا لم يتم إنذار الشفيع

بالطريق الذي رسمه القانون فإن ميعاد إعلان رغبته في أخذ العقار المبيع بالشفعة يكون منفتحاً أمامه إلى ما بعد تسجيل البيع بأربعة أشهر طبقاً لنص الفقرة ب من المادة (٩٤٨) من القانون المدني. لما كان ذلك وكان الثابت من الأوراق أن المطعون ضدهم لم يقوموا بإنذار الطاعنين -الشفعاء- بحصول البيع على نحو ما أوضحته المادة (٩٤١ سالفة الذكر) وكان هؤلاء الآخرون قد أقاموا الدعوى رقم ٣٦٣ لسنة ١٩٦٩ مدني دمنهور الابتدائية بطلب أخذ أرض النزاع بالشفعة وتضمنت صحيفتها التي لم تعلن إلى المطعون ضدها العاشرة لعدم معرفة موطنها إعلان رغبتهم في الأخذ بالشفعة وفات على الطاعنين إيداع ثمن الأرض المشفوع فيها خزانة المحكمة قبل رفع الدعوى، غير أنهم عادوا فأقاموا الدعوى رقم ٤٨١ لسنة ١٩٦٩ مدني دمنهور الابتدائية بتاريخ ١٤ من مايو سنة ١٩٦٩ بذات الطلب موضوع الدعوى السابقة بعد إيداع ثمن الأرض المشفوع فيها خزانة المحكمة بتاريخ ١٩٦٩/٥/٦ واختصموا فيها جميع أطراف عقد البيع بما فيهم المطعون ضدها العاشرة التي لم تكن قد أعلنت برغبة الأخذ بالشفعة من قبل، إذ كان ذلك وكان إيداع كامل الثمن الحقيقي في الميعاد وعلى الوجه المبين في المادة (٩٤٢) من القانون المدني هو شرط لقبول دعوى الشفعة فإن تخلف هذا الشرط في الدعوى رقم ٣٦٣ لسنة ١٩٦٩ مدني

دمنهور الابتدائية لا يمنع الشفعاء من تداركه وإعلان رغبتهم في أخذ أرض النزاع بالشفعة في صحيفة الدعوى رقم ٤٨١ لسنة ١٩٦٩ مدني دمنهور الابتدائية التي رفعت رأساً على البائعين والمشتري ما دامت إجراءات هذه الدعوى قد اتخذت في وقت كان ميعاد إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة لم يزل مفتوحاً بسبب عدم توجيه الإنذار إلى الشفعاء بحصول البيع أصلاً طبقاً لما أوضحته المادة ٩٤١ سالفة الذكر، وعدم تمام إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة في صحيفة الدعوى الأولى لجميع أطراف البيع لسبب لا يسأل عنه الطاعنون متى كان لم يوجه إليهم إنذار بالبيع يتضمن بياناً لموطن المطعون ضدها العاشرة التي لم يتم إعلانها من قبل تلك الرغبة. لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه لم يلتزم هذا النظر في قضائه حين اعتد في طلب الشفعة بإجراءات الدعوى رقم ٣٦٣ لسنة ١٩٦٩ مدني دمنهور الابتدائية ولم يقم اعتباراً للدعوى رقم ٤٨١ لسنة ١٩٦٩ مما حجبه عن بحث حق الطاعنين في الشفعة طبقاً للإجراءات التي تمت فيها فإنه يكون معيباً بالخطأ في تطبيق القانون والقصور في التسبيب بما يوجب نقضه دون حاجة لبحث باقي أسباب الطعن».

(طعن رقم ١٧٢ لسنة ٥٤ق جلسة ١٩٩١/٢/١٤)

ومع ذلك، فإن البيع الذي يتعدد فيه البائعون أو المشـترون ولا يكون المبيع فيه صفقة واحدة وإنما عدة صفقات، بما يجـوز معـه للشفيع أن يطلب الأخذ بالشفعة في أي منها دون التزام عليه بأخذها جميعاً. فإن عدم نجاحه في إعلان رغبته إلى بعـض البـائعين أو المشترين في الميعاد القانوني، لا يؤدي حتماً إلى سقوط حقـه فـي جميع الصفقات. بل يسلم من السقوط حقه في الصـفقة التـي يـتم إعلان طرفيها برغبته في الميعاد، لعدم تعارض ذلك مع قاعدة عدم جواز تجزئة الشفعة.

٧٥ ـ كيفية احتساب الميعاد:

حددت المادة مدة خمسة عشر يوماً لإعلان الشفيع رغبته منـذ تاريخ الإنذار الرسمي الذي يوجهه إليه البائع أو المشتري.

وعلى أن عبارة «من تاريخ الإنذار الرسمي» يجب أن تحمـل على تاريخ تسليم الإنذار للشفيع، لا على تاريخ تحريره من البـائع أو المشتري إذ العبرة في بدء الميعاد هـي بعلـم الشـفيع بـالبيع بالطريق الرسمي الذي رسمه القانون وهو الإنذار، وواقعة العلم لا تتحقق إلا من وقت تسليم الإنذار إلى الشفيع طبقـاً للقواعـد التـي نظمها قانون المرافعات. ويحسب الميعاد وفقاً للقواعد العامة. فـلا يدخل فيه يوم إعلان الشفيع بالإنذار، بل يبتدئ من اليـوم التـالي لتاريخ الإعلان، ولكن يدخل فيه اليوم الأخيـر فينقضـي الميعـاد

بانقضائه (م ١٥ مرافعات). إلا إذا صادف اليوم الأخير عطلة رسمية فيمتد الميعاد إلى أول يوم عمل بعد هذه العطلة (م ١٨ مرافعات)[1].

وقد قضت محكمة النقض – في ظل قانون الشفعة (الملغي) - بأن:

«إن المادة التاسعة عشرة من قانون الشفعة إذ نصت على أن إظهار الشفيع رغبته يكون في ظرف خمسة عشر يوماً، من وقت علمه بالبيع لم ترد أن تجعل هذه الخمسة عشر يوماً تبتدئ من لحظة العلم بالبيع، بل أرادت أن تجعلها تبتدئ من اليوم التالي ليوم العلم به».

(طعن رقم ٢٠ لسنة ٥ق جلسة ١٩٣٥/٦/٢٠)

٧٦ـ احتساب ميعاد المسافة:

يضاف إلى الميعاد السابق ميعاد المسافة إذا توافرت شروطه.

وتنص المادة (١٦) من قانون المرافعات على أن:

«إذا كان الميعاد معيناً في القانون للحضور أو لمباشرة إجراء فيه زيد عليه يوم لكل مسافة مقدارها خمسون كيلو متراً بين المكان الذي يجب الانتقال منه والمكان الذي يجب الانتقال إليه، وما يزيد

---

(١) محمود جمال الدين زكي ص٢٥٨.

من الكسور على الثلاثين كليو متراً يزداد له يوم على الميعـــاد، ولا يجوز أن يجاوز ميعاد المسافة أربعة أيام.

ويكون ميعاد المسافة خمسة عشر يوماً بالنسبة لمن يقع موطنه في مناطق الحدود».

وتنص المادة (١٧) على أن: «ميعاد المسافة لمن يكون موطنه في الخارج ستون يوماً ويجوز بأمر من قاضـــي الأمـــور الوقتيـــة إنقاص هذا الميعاد تبعاً لسهولة المواصلات وظـــروف الاســـتعمال ويعلن هذا الأمر مع الورقة.

ولا يعمل بهذا الميعاد في حق من يعلن لشخصه في الجمهورية أثناء وجوده بها إنما يجوز لقاضي الأمور الوقتية أو للمحكمة عنـــد نظر الدعوى أن تأمر بمد المواعيد العادية أو باعتبارها ممتدة على ألا يجاوز في الحالين الميعاد الذي كان يستحقه لو أعلن في موطنه في الخارج».

وقد قضت محكمة النقض بأن:

١- «إذا كان السبب الذي يتمسك به الطاعن لأول مـــرة أمـــام محكمة النقض داخلاً في عموم ما دفع به لدى محكمة الموضـــوع، وكانت عناصره الواقعية لا تخرج عما كان معروضاً علـــى تلـــك المحكمة، وكان مؤن نلك منتزعا من أسباب الحكم المطعون فيـــه، فلا يعتبر سبباً جديداً. فإذا تمسك المشتري بسقوط حق الشفيع لعلمه

بالبيع في تاريخ معين، ودفع الشفيع بعدم علمه العلم التفصيلي بالبيع، وقضت المحكمة باعتباره عالماً من ذلك التاريخ المعين ورفضت دعوى الشفعة، ثم طعن الشفيع في هذا الحكم بوجه أنه أخطأ في تطبيق القانون في احتساب ميعاد الخمسة عشر يوماً المقررة قانوناً لإبداء الرغبة في الاستشفاع، وتبين لمحكمة النقض أن محكمة الموضوع أخطأت في احتساب هذا الميعاد على مقتضى القانون إذ لم تمده لليوم التالي للعطلة ولم تضف إليه ميعاد المسافة، تعين على محكمة النقض أن تقبل هذا الدفع لدخوله في عموم ما دفع به الطاعن أمام محكمة الموضوع».

(طعن رقم ٦٣ لسنة ٣ق جلسة ١٩٣٤/١/٢٥)

٢- «ميعاد الخمسة عشر يوماً المحدد قانوناً لإبداء الرغبة في الأخذ بالشفعة هو من المواعيد التي يزاد عليها ميعاد مسافة. وتحسب المسافة من محل الشفيع إلى محل المشفوع منه».

(طعن رقم ٦٣ لسنة ٣ق جلسة ١٩٣٤/١/٢٥)

٣- «إن ميعاد المسافة بحسب المادة ١٧ مرافعات إنما هو زيادة على أصل الميعاد وكونه زيادة على الأصل يفيد بداهة أنه يتصل به مباشرة بحيث يكون هو وإياه ميعاداً واحداً متواصل الأيام. فإذا كان الميعاد ينتهي آخره وسط أيام عطلة تستمر من بعده

وكان لصاحب الشأن ميعاد مسافة فإنه يأخذ هذا الميعـــاد متلاحقـــاً متصلاً مباشرة بأيام أصل الميعاد».

(الطعن رقم ٢٠ لسنة ٥ ق جلسة ١٩٣٥/٦/٢٠)

٤- «إن مبدأ القانون في شأن المواعيد أن العطلة غير موقفـــة لسريانها، بل إنها تسري في أثنائها، وكل ما أجازه بحسب مفهـــوم المادة ١٨ مرافعات أن الميعاد إذا وقع آخره يوم عطلة فإنه يمتـــد لليوم التالي فإن كانت الأيام التالية هي أيضاً أيام عطلة امتد الميعاد لأول يوم عمل بعد هذه العطلة» .

(طعن رقم ٢٠ لسنة ٥ق جلسة ١٩٣٥/٦/٢٠)

٧٧ـ شكل إعلان الرغبة في الشفعة:

إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة يجب أن يكون رسمياً أي وهو يتم بورقة من أوراق المحضرين، يسري عليه ما يسري على تلـــك الأوراق من أحكام الصحة والبطلان المنصوص عليها في قـــانون المرافعات، وهي بالنظر إلى أنها شكلية ورسمية فالكتابـــة شـــرط للاعتراف بوجودها ولا يثبت إعلان الخصـــم بالرغبـــة بالشـــفعة وتاريخ هذا الإجراء إلا من واقع الورقة المثبتة لها أو صـــورتها إذ هي لا تستكمل دليل صحتها إلا من مجموع بياناتها.

وقد قضت محكمة النقض بأن:

«إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة لا يعدو أن يكون ورقة من أوراق المحضرين يسري عليه ما يسري على تلك الأوراق من أحكام وهي بالنظر إلى أنها شكلية ورسمية فالكتابة شرط للاعتراف بوجودها، ولا يثبت إعلان الخصم بالرغبة في الأخذ بالشفعة وتاريخ هذا الإجراء إلا من واقع الورقة المثبتة له أو صورتها إذ هي لا تستكمل دليل صحتها إلا من مجموع بياناتها، ولا يجوز تكملة النقص في البيانات الموجودة بها بدليل غير مستمد من الورقة ذاتها مهما بلغت قوة هذا الدليل، وإذ كان المطعون فيه قد التزم هذا النظر ولم يعتد بإقرار المطعون ضده الثاني (البائع) بإعلانه في منتصف شهر يونيو سنة ١٩٧٦ بإنذار المطعون ضدها الأولى (الشفيعة) برغبتها في أخذ العقار المبيع بالشفعة لأنه دليل غير مستمد من ورقة من أوراق المحضرين المثبتة لهذا الإعلان أو صورته، ولم يثبت بالأوراق إعلانه بذلك قبل تاريخ ١٩٧٦/٧/٣١ فإنه لا يكون قد أخطأ في فهم الواقع أو أخطأ في تطبيق القانون».

(طعن رقم ٤١٧ لسنة ٤٨ق جلسة ١٩٨١/٤/٢٩)

ولئن كان المشرع لم يذكر البيانات الواجب توافرها في إعلان الرغبة كما فعل ذلك بالنسبة للإنذار فإنه يمكن تبرير ذلك بأن إعلان الرغبة الذي يعقب الإنذار سوف يستمد البيانات اللازمة لهذا

الإعلان من الإنذار نفسه، فإن لم يكن هناك إنذار سابق لإعلان الرغبة فإن الشفيع يستطيع أن يستمد المعلومات اللازمة من الشهر العقاري عندما يكون عقد البيع مسجلاً، ولكن الصعوبة يمكن أن تثور عند إعلانه عن الرغبة ولم يكن هناك إنذار أو تسجيل سابق، فإن هذا سيلقي عليه عبء النقص عن البيانات اللازمة للإعلان. ولذلك فإن الشفيع لا يسأل عن التأخير في إعلان أحد البائعين بصحيفة الدعوى بسبب عدم توجيه إنذار له بأسماء البائعين.

٧٨ ـ بطلان إعلان الرغبة في الشفعة:

إذا لم يتم إعلان الرغبة في الشفعة إلى البائع والمشتري طبقاً للقواعد المقررة في قانون المرافعات. كان الإعلان باطلاً ولا يرتب أثره.

غير أنه لا يحكم بالبطلان بالرغم من النص عليه إذا ثبت تحقق الغاية من الإجراء (م٢٠/١ من قانون المرافعات)، كما أن البطلان يزول إذا نزل عنه من شرع لمصلحته صراحة أو ضمناً وذلك فيما عدا الحالات التي يتعلق فيها البطلان بالنظام العام. وهو هنا لا يتعلق بالنظام العام كما سنرى.

وترتيباً على ذلك فقضت محكمة النقض بأن:

«إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة لا يعدو وأن يكون من أوراق المحضرين، يسري عليه ما يسري على تلك الأوراق من أحكام

الصحة والبطلان المنصوص عليها في قانون المرافعات والنص في الفقرة الثانية من المادة (٢٠) من القانون المشار إليه على أنه «لا يحكم بالبطلان رغم النص عليه إذا تثبت تحقق الغاية من الإجراء» وفي المادة (٢٢ منه) على أنه «يزول البطلان إذا نزل عنه من شرع لمصلحته صراحة أو ضمناً وذلك فيما عدا الحالات التي يتعلق فيها البطلان بالنظام العام مفاده أن المشرع- وعلى ما أوضحته المذكرة الإيضاحية- قدر أن الشكل ليس سوى وسيلة لتحقيق غاية معينة فالقانون عندما يتطلب شكلاً معيناً أو بياناً معيناً فإنما يرمي إلى تحقيق غاية يحققها توافر هذا الشكل أو البيان، وإذا ثبت تحقق الغاية رغم تخلف هذا الشكل أو البيان فإن من التمسك بالشكليات القضاء بالبطلان، كما رأي المشرع أن يجيز لمن شرع البطلان لمصلحته أن ينزل عنه صراحة أو ضمناً إلا إذا تعلق بالنظام العام، لما كان ذلك وكان الثابت أن إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة وجهه الطاعنان إلى المطعون ضده الأخر بتاريخ ١٩٧١/١٠/٢٠ في محل تجارته وليس في موطنه، فرد عليه بإعلان وجهه إليهما في ١٩٧١/١١/٣ أقر فيه أن تلقى إعلان الرغبة ولاحظ على بياناته مجانبتها للحقيقة فسارع إلى تصحيحها، وعرض على الطاعنين الحلول محله في عقد البيع بالثمن الحقيقي والنفقات الحقيقية دون أن يتمسك بأي اعتراض أو تحفظ في شأن

بطلان إعلان الرغبة، مما يدل على تحقق الغاية التي يبتغيها المشرع من وراء هذا الإجراء وعلى نزول من وجه إليه عما اعتراه من بطلان نسبي شرع لمصلحته، فإن الحكم المطعون فيه إذ خالف هذا النظر وانتهى إلى تأييد القضاء بسقوط الحق في الشفعة لبطلان إعلان إبداء الرغبة فيها يكون قد خالف القانون وأخطأ في تطبيقه بما يوجب نقضه دون حاجة إلى بحث باقي أسباب الطعن».

(طعن رقم ٥٦٩ لسنة ٤٣ق جلسة ١٩٧٧/٣/١٦)

٧٩ ـ إعلان الرغبة بصحيفة دعوى الشفعة:

يجوز للشفيع إبداء الرغبة في الأخذ بالشفعة بنفس صحيفة الدعوى، إذ كل ما اشترطه القانون لإعلان الرغبة هو أن يكون رسمياً، فلم يستلزم حصوله بورقة مستقلة. بل إن إدماج إعلان الرغبة في صحيفة الدعوى ينطوي على معنى التعجيل بالبت في أمر الشفعة، وهو ما يتسق مع قصد المشرع.

على أنه يشترط في هذه الحالة إعلان صحيفة الدعوى المتضمنة إبداء الرغبة خلال الميعاد المحدد لإعلان الرغبة، ومن

ثم فلا يستفيد الشفيع من الميعاد المحدد لرفع الدعوى -وهو كما سنرى- ثلاثون يوماً على الأكثر من تاريخ إعلان الرغبة[١].

وقد قضت محكمة النقض بأن:

١- «إن كل ما تشترطه المادة ٩٤٢ من القانون المدني في إعلان الرغبة أن يكون رسمياً، ولم تستلزم حصوله بورقة مستقلة سابقة على إعلان صحيفة الدعوى، ومن ثم فلا على الشفيع إن أعلن رغبته في ذات إعلان الصحيفة، ما دام قد تم في الميعاد واستكمل جميع مقومات إعلان الرغبة» .

(طعن رقم ٢٣٩ لسنة ٣٦ق جلسة ١٩٧٠/١٢/١٠)

٢ - «يصح للشفيع أن يستغنى عن إعلان رغبته في الأخذ بالشفعة برفع الدعوى رأساً على كل من البائع والمشتري إلا أنه يشترط أن تعلن صحيفة الدعوى في هذه الحالة إلى كليهما خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ الإنذار بوقوع البيع حتى تصلح العريضة لأن تكون إعلاناً بالرغبة في الأخذ بالشفعة حاصلاً في الميعاد القانوني».

(طعن رقم ٣٩٩ لسنة ٤٩ق جلسة ١٩٨٢/٥/٢٣)

---

(١) محمد على عرفة ص٥٠٠ -السنهوري ص٨٣٣- رمضان أبو السعود ص٣٣٤.

٣- «لا يغني عن إعلان الرغبة- وعلى ما هو مقرر في قضاء هذه المحكمة- أن تكون البيانات التي أوجب القانون توافرها فيه تضمنتها صحيفة الدعوى، ما لم تكن هذه الصحيفة قد أعلنت بالفعل في الميعاد الذي أوجب القانون إعلان الرغبة فيه، ولا يكفي في ذلك مجرد إيداع الصحيفة بقلم الكتاب لأن هذا الإيداع لا يحفظ إلا الحقوق التي يحميها رفع الدعوى من السقوط ومن ذلك ما هو مقرر بالمادة (٩٤٣) من القانون المدني من وجوب رفع دعوى الشفعة في ميعاد ثلاثين يوماً من تاريخ إعلان الرغبة وإلا سقط الحق فيها أما جزاء عدم إعلان الرغبة فلا يمنع من إعماله إلا حصول هذا الإعلان في الميعاد طبقاً للمادتين ٩٤٠، ٩٤٨ سالفتي الذكر، ولما تنص عليه المادة الخامسة من قانون المرافعات».

(طعن رقم ٣٢٣ لسنة ٥٠ق جلسة ١٩٨٣/١٢/٢٩)

٨٠ ـ عدم تعلق بطلان إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة بالنظام العام:

بطلان إجراءات إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة لا يتعلق بالنظام العام، وإنما شرع لمصلحة المشتري والبائع، ويجب التمسك به من أيهما. ويسقط التمسك به بالتنازل عنه صراحة أو ضمناً، ولا

يجوز التمسك بالبطلان لأول مرة أمام محكمة النقض[1].

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن:

«بطلان إجراءات الإعلان لا تتصل بالنظام العام فلا يجوز للطاعنين التحدي ببطلان إعلان الرغبة في الشفعة لأول مرة أمام محكمة النقض».

(طعن رقم ١٣٩٢ لسنة ٤٨ق جلسة ١٩٨٢/٦/٢٤)

كما قضت محكمة النقض بأن:

«إذا كان السبب الذي يتمسك به الطاعن لأول مرة أمام محكمة النقض داخلاً في عموم ما دفع به لدى محكمة الموضوع، وكانت عناصره الواقعية لا تخرج عما كان معروضاً على تلك المحكمة، وكان فوق ذلك منتزعاً من أسباب الحكم المطعون فيه، فلا يعتبر سبباً جديداً. فإذا تمسك المشتري بسقوط حق الشفيع لعلمه بالبيع في تاريخ معين، ودفع الشفيع بعدم علمه العلم التفصيلي بالبيع، وقضت المحكمة باعتباره عالماً من ذلك التاريخ المعين ورفضت دعوى الشفعة، ثم طعن الشفيع في هذا الحكم بوجه أنه أخطأ في تطبيق القانون في احتساب ميعاد الخمسة عشر يوماً المقررة قانوناً لإبداء الرغبة في الاستشفاع، وتبين لمحكمة النقض أن محكمة الموضوع

---

(١) نبيل سعد ص٤٠٦.

أخطأت في احتساب هذا الميعاد على مقتضى القانون إذ لم تمده لليوم التالي للعطلة ولم تضف إليه ميعاد المسافة، تعين على محكمة النقض أن تقبل هذا الدفع لدخوله في عموم ما دفع به الطاعن أمام محكمة الموضوع».

(طعن رقم ٦٣ لسنة ٣ق ١٩٣٤/١/٢٥)

٨١ ـ جزاء عدم إبلاغ الرغبة في الميعاد:

يترتب على عدم إبلاغ الرغبة في الأخذ بالشفعة إلى كل من البائع والمشتري خلال الميعاد، سقوط حق الشفيع في أخذ العقار بالشفعة.

والحكمة من ذلك واضحة حيث أن كل هذه الإجراءات بحسب مآلها ستنتهي بحلول الشفيع محل المشتري في العقد الذي يربطه بالبائع. ولذلك كان طبيعياً أن يستلزم القانون إعلان الرغبة إلى كل من المشتري والبائع. وأن إعلان الرغبة لأحدهما لا يغني عن إعلانها للآخر. ولا يلزم أن تعلن الرغبة إلى البائع والمشتري في نفس الوقت المهم أن يتم إعلانها في خلال الميعاد إلى كل منهما سواء كان هذا الإعلان متعاصراً أو متعاقباً. ويجب مراعاة هذه القاعدة أيضاً عند تعدد البائعين أو المشترين أو عند تعددهم معاً[1].

---

(١) نبيل سعد ص٤٠٤- السنهوري ص٨٢٩.

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن:

«إذا دفع بسقوط حق الشفيع في الشفعة لعــدم توجيهــه إنــذار الرغبة إلى جميع البائعين فأجاب الشفيع على ذلك بأنه لم يكن يعلم بصفات البائعين إلا عند تحرير صحيفة الدعوى ولذلك ذكــر بهــا أسماءهم وأماكنهم على حقيقتها وكان الطاعن لم يعترض على هذه الصحيفة بأي اعتراض ولم يوجه إليها أي طعن ولم يقدم أي دليــل على عدم صحة هذه الإجابة، فإن أخذ المحكمة بها لا يكون خطــأ في القانون ولا عيباً في الاستدلال».

(طعن رقم ١١٤ لسنة ١٩ق جلسة ١٩٥١/١١/٢٩)

وإذا أعلنت الرغبة في الأخذ بالشفعة إلى أحد ذوي الشــأن أو إلى بعضهم فقط خلال المدة القانونية، ولكن لم يعلن البعض الآخــر إلا بعد فوات الميعاد، جاز لمن وصله الإعلان متأخراً أن يتمســك بسقوط حق الشفيع في الشفعة، ولما كان هذا الحق لا يتجــزأ فإنــه يسقط بالنسبة إلى الجميع فلا يكفي إذن أن يصل الإعلان في الميعاد إلى المشتري وحده أو إلى البائع وحده، بل يجب أن يعلن الجميــع في الميعاد القانوني مهما تعددوا، وإلا سقط الحق في الشفعة[١].

---

(١) محمد على عرفة ص٤٨٣.

مادة (٩٤١)

يشمل الإنذار الرسمي المنصوص عليه في المادة السابقة على البيانات الآتية وإلا كان باطلاً.

(أ) بيان العقار الجائز أخذه بالشفعة بياناً كافياً.

(ب) بيان الثمن والمصروفات الرسمية وشروط البيع واسم كل من البائع والمشتري ولقبه وصناعته وموطنه.

الشرح

٨٢ ـ المقصود بالإنذار:

الإنذار وسيلة لكل من المشتري أو البائع للتبكير بحسم الموقف في مواجهة الشفيع. والقصد منه إثبات علم الشفيع بوقوع البيع بطريقة يقينية، وبالتالي إجباره على الولوج في إجراءات الشفعة- إذا كان يرغب في أخذ العقار المبيع بالشفعة- ويتيح له الإنذار ترقب خطوات الشفيع إذ قد يغفل عن إتباع إجراء أو لا ينجزه في الميعاد المحدد، فيسقط حقه في الشفعة. وكما ذكرنا سلفاً أن المشرع لم يقصد من هذا الإجراء تحديد بداية الأجل الذي يجوز للشفيع فيه إعلان رغبته في الأخذ بالشفعة فيه، إذ له أن يبادر بإعلان رغبته قبل الإنذار إذا شاء.

٨٣ ـ شكل الإنذار:

الإنذار لابد أن يكون رسمياً، أي بإعلان على يد محضر. وقد نصت على هذه الرسمية المادتان (٩٤٠، ٩٤١ مدني).

ومن ثم لا يغني عن هذا الإنذار الرسمي أية ورقة أخرى ككتاب مسجل بعلم الوصول أو برقية ولو تضمنت هذه الورقة البيانات التي يجب أن يشتمل الإنذار عليها.

كما يذهب الرأي الغالب إلى أن الإنذار يجب أن يكون بورقة مستقلة، ولا تغني عنه أية ورقة رسمية أخرى، ولو تضمنت البيانات التي يجب أن يشتمل الإنذار عليها. فلو أن المشتري لحصة شائعة في عقار رفع على البائع دعوى بصحة التعاقد وأدخل في الدعوى سائر الشركاء في الشيوع ليكون الحكم في مواجهتهم فأعلنهم بعريضة الدعوى بصحة التعاقد، لم يغن إعلان هذه العريضة عن الإنذار الرسمي، ويبقى حق الشركاء في الشيوع في الأخذ بالشفعة قائماً ما دام المشتري أو البائع لم يوجه لهم إنذاراً رسمياً [١].

---

(١) استئناف القاهرة ١٩ ديسمبر سنة ١٩٥٠ -شبين الكوم ١٨ ديسمبر سنة ١٩٥١- السنهوري ص٨٢٥- محمد على عرفة ص٤٧٩ – عبد المنعم البدراوي ص٣٩١ -عبد المنعم الصده ص٤٧٠ – وقارن المستشار عزت حنوره ص٢٢٥ فيذهب إلى المشرع لم يشترط أن يكون الإنذار

ولا يقوم مقام الإنذار، علم الشفيع بالبيع ومعرفته بسائر البيانات التي يجب أن يتضمنها الإنذار.

٨٤ـ بيانات الإنذار:

يجب أن يشتمل الإنذار على البيانات الآتية:

(أ) بيان العقار الجائز أخذه بالشفعة بياناً كافياً:

يجب أن يتضمن الإنذار بيان العقار الجائز أخذه بالشفعة بيانــاً كافياً.

بورقة مستقلة فيقول سيادته: «وبما أن القانون لم يشترط في هذا الإنذار الموجه من البائع أو المشتري إلى الشفيع، سوى أن يكون رســمياً وأن يشتمل على بيانات معينة. دون أن يشترط فيه أن يكون إجراءاً مستقلاً، أو أن تكون ورقته قاصرة على مجرد إخبار الشــفيع بــالبيع وبياناتــه الإلزامية فلا تتضمن موضوعاً آخر. فإن القول بوجــوب ذلــك يكــون إضافة لشروط لم يوجبها المشرع ولا سند لها من القانون. ومن ثــم لا مانع مطلقاً من قيام المشتري بإدراج هذا الإنذار بكافة بياناته في صحيفة دعوى صحة ونفاذ البيع التي يقيمها ضد البائع طالما اختصم فيها الشفيع أو أعلنه فقط بتلك الصحيفة دون اختصامه في الدعوى. لأنه في الحالين يكون قد تم إنذار هذا الشفيع رسمياً بالبيع وبما تطلبه القانون من بيانات. وبالتالي يبدأ ميعاد سقوط حق طلب الشفعة من تاريخ إعلان الشفيع بتلك الصحيفة»، وهذا الرأي له وجاهته.

ويقصد بالبيان الكافي، البيان النافي للجهالة ويكون ذلك بتعيين موقعه وحدوده ومساحته، وكذلك أي بيان آخر من شأنه أن يرفع الجهالة عن العقار، وكذلك ما يميزه من توابع أو ملحقات ذات تأثير في تقييم الصفقة كالعقارات بالتخصيص المتميزة أي غير المعتادة، وحقوق الارتفاق [١] ... إلخ. وإذا لم يكن المبيع هو كل العقار فإنه يجب تحديد الحصة المبيعة، وذلك بحيث يستطيع من وجه إليه الإنذار أن يعمل رأيه في الصفقة فيأخذ بالشفعة أو يترك.

وكانت المادة (٢١) من قانون الشفعة (الملغي) توجب بيان العقار «بياناً دقيقاً» [٢]، والتعبيران متساويان.

وتقدير ما إذا كان بيان العقار المبيع في الإنذار قد جاء كافياً أم غير ذلك متروك لقاضي الموضوع، فإذا أقام الحكم قضاءه على أسباب سليمة فلا شأن لمحكمة النقض به.

---

(١) محمود جمال الدين زكي ص٤٥٥- رمضان أبو السعود ص٣٣١.

(٢) وكان نص المادة (١٣٨٩) من المشروع التمهيدي المقابل للنص الحالي ينص على «بيان العقار الجائز أخذه بالشفعة بياناً دقيقاً، مع تعيين موقعه وحدوده ومساحته» وذلك على غرار نص المادة (٢١) من قانون الشفعة (الملغي) إلا أنها عدلت في لجنة المراجعة بحذف العبارات المتضمنة تفصيلات لا حاجة لها (مجموعة الأعمال التحضيرية ج٦ ص٤١٧ وما بعدها).

وقد قضت محكمة النقض –في ظل قانون الشفعة- بأن:

١- «إن مقصود الشارع من البيانات التي أوجبها بالمادة (٢١) من قانون الشفعة فيما يتعلق بالعقار المبيع هو تعريف الشفيع بالعقار المبيع تعريفاً تاماً نافياً للجهالة بحيث يستطيع أن يعمل رأيه في الصفقة فيأخذ بالشفعة أو يترك. وتقدير ما إذا كان بيان العقار المبيع في التكليف بإبداء الرغبة قد وقع كافياً أم غير كاف متروك لقاضي الموضوع فإذا ما أقام تقديره على أسباب مؤدية إليه فلا شأن لمحكمة النقض به».

(طعن رقم ٧٢ لسنة ١٨ق جلسة ١٩٥٠/١/١٢)

٢- «متى كانت المحكمة بعد أن حصلت دفاع الطاعنين -الشفعاء- ومؤداه أنهم كانوا يجهلون مساحة العقار المبيع وعنوان البائعة فندت هذا الوجه من الدفاع بالأدلة السائغة التي أوردتها فإن هذا منها لا يعتبر تكييفاً للدعوى مخالفاً للتكييف الذي ارتضاه طرفاها بل هو قيام منها بواجب الرد على كل ما يطرح أمامها وجوه الدفاع الجوهرية وهي إذ حصلت من عناصر الدعوى أن علم الطاعنين بالبيع كان شاملاً لكافة البيانات التي أوجبها القانون وعلى أساسها كانوا يستطيعون استعمال حق الشفعة في الميعاد القانوني وأنهم رغم هذا العلم لم يبدوا رغبتهم فيها إلا بعد فوات الأجل المحدد قانوناً ورتبت على ذلك سقوط حقهم في الشفعة فإنها بذلك لا

تكون قد خالفت القانون أو جاوزت نطاق الخصـومة المطروحـة عليها».

(طعن رقم ١٧٧ لسنة ١٨ق جلسة ١٩٥١/٤/٥)

٣- «تقدير كفاية البيان الوارد في الإنذار المنصوص عليه في المادة ٩٤١ مدني عن العقار الجائز أخذه بالشفعة وعدم كفاية هـذا البيان مما يستقل به قاضي الموضوع».

(طعن رقم ٢٨٤ لسنة ٢٨ق جلسة ١٩٦٣/١١/٧)

٤- وضع القانون المدني نطاقاً معيناً لإجراءات الأخذ بالشـفعة نص عليه في المواد من ٩٤٠ إلى ٩٤٣ وجعـل إجـراءات هـذا التنظيم مرتبطة بعضها ببعض ارتباطاً وثيقاً وماسة بـذات الحـق وأوجب إتباعها وإلا سقط الحق في الشفعة، وهذه الإجراءات جميعاً تبدأ من جانب الشفيع من تاريخ إعلان رغبته في الأخذ بالشفعة وقد أوجب المشرع في المادة ٩٤٠ من القانون المدني على المشتري أو البائع إنذار الشفيع لحصول البيع، وحدد في المادة ٩٤١ مـن ذات القانون البيانات التي يجب أن تشتمل عليها وهي بيان العقار الجائز أخذه بالشفعة بياناً كافياً وبيان الثمن والمصروفات الرسمية وشروط البيع واسم كل من البائع والمشتري ولقبه وصناعته وموطنه وذلـك بهدف علم الشفيع الشامل بأركان البيع الجوهرية لكي يقدر مصلحته في طلب الشفعة ويتمكن من توجيه طلبه إلى من يجـب توجيههـا

إليه، ومن ثم فإن القانون يكون قد حدد طريقة خاصة لهذا العلم وهو ذلك الإنذار الرسمي المتضمن لتلك البيانات ولا مجال للاعتداد بعلم الشفيع بغير هذه الوسيلة التي حددها القانون. لما كان ذلك، وكان الثابت من الأوراق أنه لا المشتري ولا البائع قام بإنذار الشفيعة بحصول البيع طبقاً لما أوضحته المادة ٩٤١ سالفة الذكر فإن ميعاد إعلان الشفيعة لرغبتها في أخذ العقار يكون منفتحاً أمامها إلى ما بعد تسجيل البيع بأربعة أشهر طبقاً لنص المادة ٩٤٨/ب من القانون المدني، ولا تسأل الشفيعة عن التأخير في إعلان أحد البائعين بصحيفة الدعوى بسبب عدم توجيه إنذار لها بأسماء البائعين ويكون الحكم المطعون فيه إذ رفض الأخذ بالدفع بسقوط حق الشفيعة في الأخذ بالشفعة على هذا الأساس قد التزم صحيح القانون ويكون الطعن بذلك على غير أساس».

(طعن رقم ١٠٦٠ لسنة ٤٩ق جلسة ١٩٨٠/٢/٢١)

٥- «المادة ٩٤١ من القانون المدني إنما أوجبت أن يشتمل الإنذار -الذي يوجهه البائع أو المشتري لمن يجوز له الأخذ بالشفعة- على بيان العقار الجائز أخذه بالشفعة بياناً كافياً، والثمن والمصروفات الرسمية وشروط البيع واسم كل من البائع والمشتري ولقبه وصناعته وموطنه، ولم يوجب الشارع أن يتضمن هذا الإنذار تسليماً من المشتري بحق الشفيع في أخذ العقار المبيع بالشفعة،

وإنما أراد أن يقضي على كافة ضروب المنازعات التي كانت تثور في شأن علم الشفيع بالبيع وأن يتخذ من تاريخ الإنذار بدءاً لتحديد المدة المقررة لسقوط حق الشفيع في الأخذ بالشفعة ان لم يعلن رغبته خلالها».

(طعن رقم ١٠٦٢ لسنة ٥٠ق جلسة ١٩٨٤/٣/١٤).

٦- «النص في المادة ٩٤١ من القانون المدني على أن «يشتمل الإنذار الرسمي المنصوص عليه في المادة السابقة على البيانات الآتية وإلا كان باطلاً: (أ) بيان العقار الجائز أخذه بالشفعة بياناً كافياً (ب) بيان الثمن والمصروفات الرسمية وشروط البيع واسم كل من البائع والمشتري ولقبه وصناعته وموطنه» يدل على أن الغرض من هذا الإنذار إعلام الشفيع بالبيع وأطرافه وشروطه إعلاماً كافياً لإتاحة الفرصة له لإبداء رغبته في الأخذ بالشفعة إن شاء خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ الإنذار المشار إليه وإلا سقط حقه عملاً بنص المادة ٩٤٠ من القانون ذاته ولا يتحقق علم الشفيع بشروط البيع الأساسية التي استلزم القانون بيانها في هذا الإنذار إلا إذا كان هذا البيان واضحاً لا إبهام فيه ولا غموض وبالتالي فإن عدم وضوح شرط منها يستوي وعدم اشتمال الإنذار عليه فيترتب عليه بطلان الإنذار الموجه إلى الشفيع فلا ينفتح ميعاد

الخمسة عشر يوماً المسقط لحقه في الأخذ بالشفعة».

(طعن رقم ٩٤٣ لسنة ٥٩ق جلسة ١٩٩٣/٦/٨)

(ب) - الثمن:

يجب أن يشتمل الإنذار على بيان الثمن الذي تم بـــه البيـــع أي الثمن المبين بالعقد، لأن هذا الثمن هو الذي سيلزم الشفيع بإيداعـــه خزينة المحكمة حتى يتمكن من الحصول على العقار بالشفعة فـــإذا كان الثمن المذكور هو غير الثمن الحقيقي فللشفيع أن يطعن فيـــه، ويثبت بجميع الطرق القانونية مقدار الثمن الحقيقي، ولكـــن يجـــب عليه أن يبدي رغبته خلال الخمسة عشر يوماً من وقت الإنذار [١].

وقد قضت محكمة النقض بأن:

«ادعاء الشفيع بصورية الثمن الوارد في عقد البيع لا يعفيه من واجب إعلان رغبته في الأخذ بالشفعة في الميعاد القانوني، وله بعد ذلك أن يطعن في هذا الثمن أمام المحكمة ويثبت صوريته بجميـــع طرق الإثبات القانونية».

(طعن رقم ٢٨٤ لسنة ٢٨ق جلسة ١٩٦٣/١١/٧)

---

(١) محمد كامل مرسي ص٤٤٣.

(ج) ـ المصروفات الرسمية:

يجب أن يتضمن الإنذار المصروفات الرسمية وعبارة «المصروفات الرسمية» لم تكن واردة بالمشروع التمهيدي، وقد أضافتها لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ. وجاء في محضر الجلسة الأربعين للجنة أنه رؤى أن يضاف إلى مشتملات الإنذار الرسمي الذي يوجه إلى الشفيع فضلاً عن بيان الثمن، المصروفات الرسمية كرسوم التسجيل وما يماثلها، أما المصروفات الأخرى كأتعاب المحاماة والسمسرة فيجوز أن تكون محل مطالبة على حدة.

ويذهب البعض إلى أنه ليس ثمة فائدة واضحة من ذكر المصروفات الرسمية بين البيانات التي يتضمنها الإنذار الرسمي، لأن الشفيع يلتزم بإيداع الثمن وحده دون المصروفات. وسواء كانت المصروفات رسمية أو غير رسمية فستكون جميعاً محل مطالبة على حدة وكان يكفي ذكر الثمن فهو وحده الذي يلتزم الشفيع بإيداعه خزانة المحكمة قبل رفع دعوى الشفعة[1].

بينما يرى البعض الآخر أن اشتراط شمول الإنذار لبيان المصروفات الرسمية، لم يكن تزيداً أو ضئيل الفائدة، بل على العكس من ذلك، فإنه لا يخلو من فائدة محققة ذلك أنه لم يقصد من

---

(١) السنهوري ص٨٢٣ هامش (١).

بيان المبالغ الواجب ذكرها بالإنذار، تحديد ما يلزم الشفيع بإيداعه خزانة المحكمة. وإنما تعريفه بأهم ما سيلزم بأدائه في مقابل أخذه المبيع بالشفعة حتى يستطيع تقدير ما سيقع على كاهله من التزامات مالية إن هو أقدم على هذه الخطوة.وليس من شك في أن المصاريف الرسمية تلي الثمن مباشرة في أهميتها في هذا التقدير، لأن هذه المصاريف تكون عادة كبيرة القيمة، فضلاً عن أن مقدارها يثبت بطريق رسمي بعيد عن المساومة والجدل، فيحسن علم الشفيع بها ليتخذ قراره.

(د) ـ شروط البيع:

أوجب النص أن يشتمل الإنذار على شروط البيع.

والمقصود بشروط البيع، الشروط الأساسية التي لابد من علم الشفيع بها حتى يستطيع الموازنة بين أن يقدم على طلب الشفعة أو لا يقدم. ومثل ذلك أن تتضمن شروط البيع قيداً أو تكليفاً شخصياً أو عينياً يحد من سلطات المشتري على العقار المبيع.

ولكن لا يعد من الشروط الأساسية للبيع ما يأتي:

١- بيان حصة كل مشتر في بيع على الشيوع ذلك أنه لا يجوز في جميع الأحوال إلا أن يشفع في العقار المبيع كله.

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن:

«تنص المادة ٩٤١ من القانون المدني على أن «يشتمل الإنذار الرسمي الذي يوجهه البائع أو المشتري إلى من يريد الأخذ بالشفعة على البيانات الآتية وإلا كان باطلاً: (أ)بيان العقار الجائز أخذه بالشفعة بياناً كافياً (ب) بيان الثمن والمصروفات الرسمية وشروط البيع واسم كل من البائع والمشتري وصناعته وموطنه» وليس في القانون ما يمنع موجه الإنذار من اتخاذه موطناً مختاراً له إذ نص في المادة ٤٣ من القانون المدني على أنه «يجوز اتخاذ موطن مختار لتنفيذ عمل قانوني معين».وإذ كان الثابت من مدونات الحكم المطعون فيه أن الإنذار الموجه من المشتري إلى الشفيع قد حوى بياناً كافياً للعقار المبيع وبيان الثمن والمصروفات وشروط البيع واشتمل على بيان اسم البائع وموطنه وأسماء المشترين وموطنهم المختار، وكان المقصود بشروط البيع التي يستلزم بيانها في الإنذار، الشروط الأساسية التي لابد من علم الشفيع بها حتى يستطيع الموازنة بين أن يقدم على طلب الشفعة أو لا يقدم فإذا كان بيان حصة كل مشتر في بيع على الشيوع لا ينفع صاحب الحق في الشفعة في تقديره لموقفه من حيث الأخذ بها أو تركها، ذلك أنه لا يجوز في جميع الأحوال إلا أن يشفع في العقار المبيع كله فإن عدم اشتمال الإنذار الموجه من المشترين إلى الشفيع على هذا البيان،

وعدم اشتماله على بيان محل إقامتهم والاكتفاء بذكر موطنهم المختار لا يترتب عليه بطلانه».

(طعن رقم ٤٥٦ لسنة ٤٣ق جلسة ١٩٧٧/٣/٩)

٢- شروط منح المشتري أجلا في الوفاء ببعض الثمن لأن الشفيع ملزم في جميع الأحوال طبقاً للمادة ٩٤٢ مدني بإيداع كل الثمن الحقيقي الذي حصل به البيع وذلك خلال ثلاثين يوماً من تاريخ إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة وقبل رفع الدعوى وإلا سقط حقه في الأخذ بالشفعة.

كما أنه طبقاً للمادة ٩٤٥ مدني لا يستفيد الشفيع من الأجل الممنوح للمشتري إلا برضاء البائع، ولا يعفيه هذا أيضاً من إيداع كامل الثمن بما فيه المؤجل.

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن:

«المقصود بشروط البيع التي استلزم القانون بيانها في الإنذار هي شروطه الأساسية التي لابد من علم الشفيع بها حتى يستطيع الموازنة بين أن يقدم على طلب الشفعة أو لا يقدم وإذا كان شرط منح المشتري أجلاً في الوفاء ببعض الثمن لا يتوقف عليه تقدير صاحب الحق في الشفعة لموقفه من حيث الأخذ بها أو تركها ذلك أنه ملزم في جميع الأحوال طبقاً للمادة (٩٤٢) من القانون المدني بإيداع كل الثمن الحقيقي الذي حصل البيع به وذلك خلال ثلاثين

يوماً من تاريخ إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة وقبل رفع الدعوى بها وإلا سقط حقه في الأخذ بالشفعة، كما أنه طبقاً للمادة ٩٤٥ مدني لا يستفيد الشفيع من الأجل الممنوح للمشتري إلا برضاء البائع وحتى في حالة حصول هذا الرضاء فإنه لا يترتب عليه إعفاء الشفيع من واجب إيداع كامل الثمن بما فيه المؤجل في الميعاد القانوني، ومن ثم ليس ثمة نفع يعود على الشفيع من علمه بشرط تأجيل الثمن قبل إعلان رغبته فيها وبالتالي فإن عدم اشتمال الإنذار الموجه من المشتري إلى الشفيع على هذا الشرط لا يترتب عليه بطلان هذا الإنذار. ولا يعتبر كذلك من شروط البيع التي توجب المادة (٩٤١) من القانون المدني اشتمال الإنذار عليها ما ورد في عقد البيع الصادر للمطعون ضده الأول (المشتري) من أن البائع له تلقي ملكية ما باعه بطريقة الشراء من آخر بعقد ابتدائي، كما لم يوجب القانون تضمين هذا الإنذار شروط عقد تمليك البائع».

(طعن رقم ٢٨٤ لسنة ٢٨ق جلسة ١٩٦٣/١١/٧)

٣- شرط تلقي البائع ملكية ما باعه بطريق الشراء من آخر بعقد ابتدائي.

٤- شروط عقد تمليك البائع للبائع.

(راجع نقض ١٩٦٣/١١/٧ سالف الذكر)

(هـ) ـ اسم كل من البائع والمشتري ولقبه وصناعته وموطنه:

يجب أن يشتمل الإنذار على اسم كل من البائع والمشتري ولقبه وصناعته وموطنه.

والحكمة من هذا البيان هو تمكين الشفيع من معرفة البائع والمشتري حتى يستطيع أن يوجه إليهما إعلان الرغبة بأخذ العقار بالشفعة خلال الميعاد القانوني، وأن يباشر سائر إجراءات الشفعة بعد ذلك كما أن معرفة الشفيع بالمشتري تفيد في تدبير أمره فيما يتعلق برغبته في الأخذ بالشفعة، فإنه ربما يطمئن إلى المشتري ويرتضيه مشترياً للعقار فيمتنع عن الأخذ بالشفعة، وقد يحصل العكس فيسعى إلى طلب الأخذ بالشفعة.

ولما كانت المادة ٤٣ من التقنين المدني تنص على أنه: «يجوز اتخاذ موطن مختار لتنفيذ عمل قانوني معين» فإنه يجوز أن يتضمن الإنذار الموجه من البائع أو المشتري مجرد ذكر موطن مختار له بدلاً من ذكر محل إقامته الأصلي.

(راجع نقض طعن رقم ٤٥٦ لسنة ٤٣ق جلسة ١٩٧٧/٣/٩ المنشور)

٨٥ ـ جزاء تخلف أو عدم صحة بيانات الإنذار:

تنص المادة (٩٤١ مدني) على أنه: «يشتمل الإنذار الرسمي المنصوص عليه في المادة السابقة على البيانات الآتية وإلا كان

باطلاً... إلخ». وعلى ذلك تكون هذه المادة قد نصت صراحة على جزاء تخلف البيانات التي أوجبت اشتمال الإنذار عليها أو عدم صحة هذه البيانات، وهو بطلان الإنذار.

ويترتب على بطلان الإنذار ألا يبدأ من تاريخ توجيهه ميعاد إبداء الشفيع رغبته في أخذ العقار بالشفعة وهو خمسة عشر يوماً، فلا يسقط حقه في طلب أخذ الشفعة خلال هذا الميعاد ويظل حقه في الأخذ بالشفعة قائماً ما لم يسقط بالتقادم العادي كالشأن في أي حق من الحقوق ومدته خمسة عشر عاماً.

٨٦ ـ إعلان الإنذار:

يتبع في إعلان إنذار الشفعة إلى الشفيع الإجراءات التي نص عليها قانون المرافعات لإعلان أوراق المحضرين (مادة ١٠ مرافعات وما بعدها).

وتقضي المادة العاشرة من قانون المرافعات بتسليم الأوراق المطلوب إعلانها إلى الشخص نفسه أو في موطنه ويجوز تسليمها في الموطن المختار في الأحوال التي بينها القانون وإذا لم يجد المحضر الشخص المطلوب إعلانه في موطنه كان عليه أن يسلم الورقة إلى من يقرر أنه وكيله أو أنه يعمل في خدمته أو أنه من الساكنين معه من الأزواج والأقارب والأصهار.

وتنص المادة (١١) على أنه إذا لم يجد المحضر من يصح تسليم الورقة إليه طبقا للمادة السابقة أو امتنع من وجده من المذكورين فيها عن التوقيع على الأصل بالاستلام أو عن استلام الصورة، وجب عليه أن يسلمها في اليوم ذاته إلى مأمور القسم أو المركز أو العمدة أو شيخ البلد الذي يقع موطن المعلن إليه في دائرته حسب الأحوال وذلك بعد توقيعه على الأصل بالاستلام.

وعلى المحضر خلال أربع وعشرين ساعة أن يوجه إلى المعلن إليه في موطنه الأصلي أو المختار كتاباً مسجلاً، مرفقاً به صورة أخرى من الورقة، يخبره فيه أن الصورة سلمت إلى جهة الإدارة.

ويجب على المحضر أن يبين ذلك كله في حينه في أصل الإعلان وصورتيه. ويعتبر الإعلان منتجاً لآثاره من وقت تسليم الصورة إلى من سلمت إليه قانوناً.

والموطن الأصلي للشخص هو المكان الذي يقيم فيه عادة (م ٤٠ مدني) أما المكان الذي يباشر فيه الشخص تجارة أو حرفة فلا يعتبر موطناً له إلا بالنسبة إلى إدارة الأعمال المتعلقة بهذه التجارة أو الحرفة (م ٤١مدني)، ومن ثم لا يجوز إعلان الشفيع بالمكان

الذي يباشر فيه تجارة أو حرفة إلا إذا كانت الشفعة تتعلق بهذه التجارة أو الحرفة [١].

---

(١) الأستاذ/ محمد كمال عبد العزيز تقنين المرافعات في ضوء القضاء والفقه الجزء الأول الطبعة الثالثة ١٩٩٥ ص ١٤٩ وما بعدها- محمد على عرفه ص٤٨٠ - نقض طعن رقم ٥٤٤ لسنة ٤٤ق جلسة ١٩٧٩/١/٢٠ - طعن رقم ٥٩١ لسنة ٣٩ق جلسة ١٩٨٠/٢/٤.

ونشير إلى أن محكمة النقض قد قضت بتاريخ ٣١ يناير لسنة ١٩٤٦ في الطعن رقم ١٦ لسنة ١٥ق بأن:

«إن المحل المقصود في المادة السادسة من قانون المرافعات هو المركز المنسوب إلى الشخص الذي يفترض أنه عالم بما يجري فيه مما هو متعلق بنفسه وأنه موجود فيه دائماً ولو غاب عنه بعض الأحيان. والمحل بهذا المعنى كما يجوز أن يكون محل سكن الشخص الذي يعيش فيه يجوز أن يكون محل عمله الذي يقوم فيه باستيفاء ما له وإيفاء ما عليه. وعلى ذلك فإنذار إظهار الرغبة في الشفعة الذي يعلن به المشفوع منه في مكتب مقاولاته يكون صحيحاً».

وهذا الحكم كان متسقاً مع تعريف الموطن في المادة السادسة من قانون المرافعات الأصلي، بأنه المركز المنسوب إلى الشخص الذي يفترض أنه عالم بما يجري فيه مما هو متعلق بنفسه وأنه موجود فيه دائماً ولو غاب عنه في بعض الأحيان. فالمحل بهذا المعنى كما يجوز أن يكون محل سكن الشخص الذي يعيش فيه، يجوز أيضاً أن يكون محل عمله الذي يقوم فيه باستيفاء ما له وإيفاء ما عليه.

٨٧ ـ كيفية توجيه الإنذار:

يوجه الإنذار إلى الشفيع إما من البائع أو المشتري، فإذا وجهه أحدهما أغني ذلك عن أن يوجهه الآخر.

وإذا تعدد الشفعاء، ولو كانوا من طبقات مختلفة تعين أن يوجه إليهم جميعاً، وذلك لاحتمال أن يترك الشفيع شفعته فيأخذها الشفيع الآخر.(١).

ويجوز أن يوجه الإنذار إلى وكيل الشفيع إذا كان مخولاً أن يمثله أمام المحاكم وأن يتسلم الأوراق والأحكام نيابة عنه (٢).

ولكن هذا الحكم -كما رأينا- أصبح لا يتسق مع تعريف الموطن في المادة (٤٠) من القانون المدني الجديد وتحديده بأنه المكان الذي يقيم فيه الشخص عادة، ومن ثم وجب ألا تتصرف كلمة الموطن إلى محل العمل إلا في الحدود المرسومة في المادة (٤١) من القانون المدني (محمد على عرفه ص٤٨٠ هامش ٣- الدكتور عبد الحميد أبو هيف المرافعات المدنية والتجارية والنظام القضائي في مصر ١٣٤٠هـ - ١٩٢١م ص٤٣٠ وما بعدها- ص٤٩٠ هامش (٢).

(١) محمود جمال الدين زكي ص٤٥٤- رمضان أبو السعود ص٣٣٠.

(٢) استئناف مختلط ١٣ أبريل ١٩١٣- محمد كامل مرسي ص٤٤٣- السنهوري ص٨٢١ هامش (٢).

٨٨ ـ بدء ميعاد إعلان الرغبة في الشفعة من تاريخ تسلم الإنذار:

يبدأ الميعاد المحدد لإعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة من تاريخ تسلم الإنذار المعلن إلى الشفيع من البائع والمشتري أو من أحدهما. ولا يغني عن هذا الميعاد علم الشفيع بحصول البيع وشروطه. وإن كان هذا لا يمنع –كما ذكرنا سلفاً– من أن يعلن الشفيع رغبته قبل هذا الإنذار.

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن:

«وضع القانون المدني نظاماً معيناً لإجراءات الأخذ بالشفعة نص عليه في المواد من ٩٤٠ إلى ٩٤٣، وجعل إجراءات هذا التنظيم مرتبطة بعضها ببعض ارتباطاً وثيقاً وماسة بذات الحق وأوجب اتباعها وإلا سقط الحق في الشفعة، وهذه الإجراءات جميعاً تبدأ من جانب الشفيع من تاريخ إعلان رغبته في الأخذ بالشفعة وقد أوجب المشرع في المادة ٩٤٠ من القانون المدني على المشتري أو البائع إنذار الشفيع بحصول البيع، وحدد في المادة ٩٤١ من ذات القانون البيانات التي يجب أن يشتمل عليها وهي بيان العقار الجائز أخذه بالشفعة بياناً كافياً وبيان الثمن والمصروفات الرسمية وشروط البيع واسم كل من البائع والمشتري ولقبه وصناعته وموطنه وذلك بهدف علم الشفيع الشامل بأركان البيع الجوهرية لكي يقدر مصلحته

في طلب الشفعة ويتمكن من توجيه طلبه إلى من يجب توجيهها إليه، ومن ثم فإن القانون يكون قد حدد طريقة خاصة لهذا العلم وهو ذلك الإنذار الرسمي المتضمن لتلك البيانات ولا مجال للاعتداد بعلم الشفيع بغير هذه الوسيلة التي حددها القانون».

(طعن رقم ١٠٦٠ لسنة ٤٩ ق جلسة ١٩٨٠/٢/٢١)

١- «متى أعلن الشفيع رغبته رسمياً إلى كل من البائع والمشتري- ولو كان ذلك قبل إنذاره من أيهما- فإن هذا الإعلان ينتج جميع آثاره القانونية فيسري من تاريخه ميعاد الثلاثين يوماً الذي أوجب القانون أن يتم في خلاله رفع دعوى الشفعة وإلا سقط الحق في الأخذ بالشفعة. ذلك لأن المشرع قد نص في الفقرة الثانية من المادة ٩٤٢ وفي المادة ٩٤٣ من القانون المدني على سريان ميعاد الثلاثين يوماً من تاريخ إعلان الرغبة الواردة ذكره في الفقرة الأولى من المادة ٩٤٢ ولم يعلق سريانه على انقضاء ميعاد الخمسة عشر يوماً الوارد في المادة ٩٤٠، وكل ما اشترطه القانون في هذا الإعلان هو أن يكون رسمياً وأن يوجه من الشفيع إلى كل من البائع والمشتري ولم يستلزم فيه أن يكون حاصلاً بعد الإنذار الذي يوجهه البائع أو المشتري إلى الشفيع».

(طعن رقم ٨٣٢ لسنة ٤٧ق جلسة ١٩٨١/٣/١٧)

٣- «المادة ٩٤١ من القانون المدني إنما أوجبت أن يشتمل

الإنذار – الذي يوجهه البائع أو المشتري لمن يجوز له الأخذ بالشفعة–على بيان العقار الجائز أخذه بالشفعة بياناً كافياً، والثمن والمصروفات الرسمية وشروط البيع واسم كل من البائع والمشتري ولقبه وصناعته وموطنه، ولم يوجب الشارع أن يتضمن هذا الإنذار تسليماً من المشتري بحق الشفيع في أخذ العقار المبيع بالشفعة، وإنما أراد أن يقضي على كافة ضروب المنازعات التي كانت تثور في شأن علم الشفيع بالبيع وأن يتخذ من تاريخ الإنذار بدءاً لتحديد المدة المقررة لسقوط حق الشفيع في الأخذ بالشفعة إن لم يعلن رغبته خلالها».

(طعن رقم ١٠٦٢ لسنة ٥٠ق جلسة ١٩٨٤/٣/١٤)

٨٩ ـ الإنذار لا يعد إقراراً بملكية الشفيع:

الإنذار الموجه من المشتري والبائع إلى الشفيع لا يعد إقراراً منهما بملكيته، فهو لا يعدو أن يكون دعوة لإبداء الرغبة في الأخذ بالشفعة إذا توافرت شروطها.

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن:

«الإنذار الموجه من الطاعن إلى المطعون ضدها الأولى بإبداء الرغبة في الشفعة لا يعد إقراراً منه بملكيتها لأنه لا يعدو أن يكون دعوة لإبداء الرغبة في الأخذ بالشفعة إذا تحققت شروطها».

(طعن رقم ١٦٥٢ لسنة ٥١ق جلسة ١٩٨٥/١/٢٠)

مادة (٩٤٢)

١- إعلان الرغبة بالأخذ بالشفعة يجب أن يكون رسمياً وإلا كان باطلاً. ولا يكون هذا الإعلان حجة على الغير إلا إذا سجل.

٢- وخلال ثلاثين يوماً على الأكثر من تاريخ هذا الإعلان يجب أن يودع خزانة المحكمة الكائن في دائرتها العقار كل الثمن الحقيقي الذي حصل به البيع، مع مراعاة أن يكون هذا الإيداع قبل رفع الدعوى بالشفعة، فإن لم يتم الإيداع في هذا الميعاد على الوجه المتقدم سقط حق الأخذ بالشفعة.

الشرح

٩٠ ـ يجب أن يكون إعلان الرغبة بالشفعة رسمياً:

أوجبت الفقرة الأولى من المادة أن يكون إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة رسمياً. وإلا كان باطلاً.

ورسمية هذا الإعلان تستوجب إتمامه على يد محضر. ولا يغني عن الرسمية أن يتم هذا الإعلان بكتاب مسجل ولو كان مصحوباً بعلم وصول، لأنه طالما حدد القانون طريقة خاصة للإعلان، وهو الإعلان الرسمي على بد محضر، فإنه لا مجال للاعتداد بأية وسيلة أخرى[1].

---

(١) السنهوري ص٨٢٩ -محمد على عمران ص١٣٨.

ويسري على هذا الإعلان ما يسري على الإنذار الرسمي الذي يوجه من البائع والمشتري لدعوته إلى الأخذ بالشفعة.

وقضاء محكمة أول درجة ببطلان إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة لعدم اختصام البائع اختصاماً صحيحاً في الميعاد المحدد هو قضاء في الموضوع تستنفد به ولايتها في الفصل في موضوع الدعوى.

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن:

«قضاء محكمة أول درجة ببطلان إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة لعدم اختصام البائع اختصاماً صحيحاً في الميعاد المحدد في المادة ٩٤٣ من القانون المدني هو قضاء في الموضوع تستنفذ به ولايتها في الفصل في موضوع الدعوى ذلك أن بطلان إعلان الرغبة وإن تعلق بإجراءات الخصومة إلا أن القضاء به في حقيقته قضاء بسقوط حق الشفيع في الشفعة على اعتبار أن الميعاد المحدد لطلبها قضاء قد انقضى دون أن ترفع دعوى الشفعة على البائع والمشتري وفقاً لما يتطلبه القانون، لما كان ذلك وإذ قضت محكمة ثاني درجة في نظر الموضوع بعد إلغائها حكم محكمة أول درجة، فإنها لا تكون قد خالفت القانون».

(طعن رقم ٩٣٣ لسنة ٥٩ق جلسة ١٩٩٤/١/١٩)

٩١ ـ وجوب تسجيل إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة للاحتجاج به قبل الغير:

تنص الفقرة الأولى من المادة (٩٤٢ مدني) في عجزها على أنه: «ولا يكون هذا الإعلان حجة على الغير إلا إذا سجل».

فلئن كان إعلان الرغبة في الشفعة هو الإجراء اللازم والضروري الذي يجب أن يقوم به الشفيع إذا ما أراد أخذ العقار بالشفعة. إلا أن تسجيل هذا الإعلان له هدف محدد هو الاحتجاج به على الغير، فلا يكون هذا الإعلان حجة على الغير إلا إذا سجل.

والمقصود بالغير هنا الأشخاص الذين يتصرف إليهم المشتري في العقار أو تترتب لهم حقوق على العقار ضد المشتري (م ٩٤٧ مدني). وبهذا تتجلى أهمية مبادرة الشفيع بتسجيل إعلان الرغبة.

(أنظر شرح المادة ٩٤٧)

وبعد صدور قانون تنظيم الشهر العقاري وما ترتب عليه من تركيز إجراءات الشهر عموماً في جهة واحدة هي مصلحة الشهر العقاري، فقد أصبح تسجيل إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة يتم في مكتب الشهر العقاري الكائن بدائرته العقار المطلوب أخذه بالشفعة[1].

---

(١) وكانت المادة (١٤) من قانون الشفعة (الملغي) تقضي في فقرتها الثانية

ولم يحدد القانون زمناً ما لتسجيل إعلان الرغبة، إذ أن التسجيل ليس في الواقع من إجراءات الأخذ بالشفعة، فلا يترتب على إغفاله سقوط حق الشفيع الذي يستقر بإعلان الرغبة لكل من البائع والمشتري. ولكن التسجيل وسيلة للاحتجاج بطلب الشفعة على الغير، وللشفيع مصلحة مؤكدة في أن يسارع إلى تسجيل إعلان الرغبة لأن المشرع جعل تسجيل هذا الطلب هو الوسيلة لحماية الشفيع من كل تصرف يجريه المشتري على العقار المشفوع فيه. كما أنه بالتسجيل تقف متابعة الشفيع للبيوع التي ينقل بها المشتري حقه إلى الغير، ويتحدد به مركزه من الصفقة بصفة حاسمة [١].

وهناك أمر آخر يجعل لتسجيل إعلان طلب الشفعة أثراً له أهميته، فالمشتري إذا باع العقار المشفوع فيه لمشتر ثان قبل تسجيل إعلان الشفعة، فإن هذا البيع الثاني يكون نافذاً في حق الشفيع، وينسخ البيع الأول من ناحية الأخذ بالشفعة. ويتعين على الشفيع عندئذ أن يطلب الشفعة في البيع الثاني بمواعيده وشروطه

بأنه «ولأجل أن يكون هذا الإعلان حجة على الغير يجب تسجيله.. ثم أضافت أن هذا التسجيل يجري في قلم رهونات المحكمة المختلطة الكائن بدائرتها العقار، ما لم تكن الشفعة بين وطنيين فيكتفي بإجراء التسجيل بقلم كتاب المحكمة الابتدائية الأهلية الكائن بدائرتها العقار ... إلخ.

(١) محمد على عرفه ص ٤٨٨- السنهوري ص٨٥٢ وما بعدها.

م٩٣٨ مدني، وتبطل الإجراءات التي يكون الشفيع باشرها للأخذ بالشفعة في البيع الأول. ومن ثم يكون من مصلحة الشفيع أن يبادر إلى تسجيل إعلان طلب الشفعة [١].

وقد قضت محكمة النقض بأن:

١- «إن المادة الخامسة عشرة من قانون الشفعة تقضي بوجوب رفع دعوى الشفعة على البائع والمشتري كما تقضي المادة التاسعة منه بأن العين الجائز أخذها بالشفعة إذا باعها مشتريها قبل تقديم طلب ما بالشقة وتسجيله لا تقام دعوى أخذها بالشفعة إلا على المشتري الثاني بالشروط التي اشترى بها. وتدل هذه المادة بمفهوم المخالفة على أنه إذا باع العين مشتريها بعد تقديم طلب الشفعة وتسجيله، فإن دعوى أخذها تقام على المشتري الأول بالشروط التي اشترى بها.

فإذا باع المشفوع منه العقار إلى أجنبي بعد رفع دعوى الشفعة أمام المحكمة الأهلية، فإن هذا البيع لا يقتضي ترك الدعوى الأهلية ورفع دعوى أمام المحكمة المختلطة ولا إدخال المشتري الأجنبي أمام المحاكم الأهلية. ولكن إذا أدخل المشتري الأجنبي للحكم في

---

(١) السنهوري ص٨٥٣ وما بعدها- محمد على عرفه ص ٤٨٨- محمود جمال الدين زكي س٤٦٢.

مواجهته بطلبات المدعي فدفع بعدم اختصاص المحاكم الأهلية فإنه يجب على المحكمة الأهلية أن تأخذ بهذا الدفع في حق الأجنبي وأن تقصر حكمها على ما يتعلق بطلبات الخصوم الوطنيـة ودفـاعهم فقط».

(طعن رقم ١٥ لسنة ٥ق جلسة ١٩٣٥/٦/٦)

٢- «من المقرر- وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمـة- أن تصرفات مشتري العقار المشفوع فيه لا تسري قبل الشـفيع متـى تمت بعد تسجيل إعلان الرغبة في الشفعة وهو مـا نصـت عليـه المادة ٩٤٧ من القانون المدني مما مؤداه بمفهوم المخالفـة لتلـك المادة أن الشفيع يحاج بالتصرف الذي يصدر من المشتري طالمـا ثبت أن هذا التصرف قد تم قبل تسجيل إعلان رغبة الشـفيع، وأن المادة ٩٤٢ من ذات القانون قد أكدت هذا النظـر إذ قضـت بـأن إعلان الرغبة في الشفعة لا يكون حجة على الغير إلا إذا سجل».

(طعن رقم ١١١٩ لسنة ٥٦ق -جلسة ١٩٨٩/١/٢٥)

كما فرق القانون في المادة (٩٤٦ مدني) حكم البناء والغـراس الحاصلين من المشتري قبل طلب الأخـذ بالشـفعة وحكـم البنـاء والغراس الحاصلين بعده، وقد تعرضنا لذلك فـي موضـعه مـن الموسوعة.

٩٢ ـ إيداع كل الثمن الحقيقي للعقار الذي حصل به البيع:

تنص الفقرة الثانية من المادة على أن:

«وخلال ثلاثين يوماً على الأكثر من تاريخ هذا الإعلان يجب أن يودع خزانة المحكمة الكائن في دائرتها العقار كل الثمن الحقيقي الذي حصل به البيع... إلخ» فقد أوجبت هذه الفقرة على الشفيع أن يودع كل الثمن الحقيقي الذي حصل به البيع[1].

---

(١) تطور التشريع في إيداع الثمن:

كانت المادة (١٤) من قانون الشفعة (الملغي) تتطلب أن يكون إعلان الرغبة «مشتملاً على عرض الثمن وملحقاته الواجب دفعها قانوناً» وقد احتدم الجدل في الفقه والقضاء فيما إذا كان المقصود من هذا النص هو العرض المبدئي للذمة المقرون بالمبلغ موضوع العرض، أم أنه مجرد إبداء الاستعداد لتحمل العقار بما قام عليه من الثمن والمؤن وقد حسمت هذا الخلاف محكمة الاستئناف بدوائرها المجتمعة (٢٩ مارس ١٩٢٣) وقررت بأن عرض الثمن عرضاً حقيقياً في دعوى الشفعة ليس محتماً، ولكنها أجازت للقاضي إذا تبين له من ظروف دعوى الشفعة احتمال عدم جديتها أن يكلف الشفيع بإيداع الثمن والمصاريف في خزانة المحكمة في أجل يعينه، فإن تأخر عنه عدت دعواه غير جدية وصالحة للرفض. وله أيضاً أن يقضي للشفيع بالشفعة ويحدد للشفيع

ميعاداً لدفع الثمن وملحقاته فإن تأخر عنه سقط حقه وزال أثـر الحكـم الصادر له بالشفعة.

وهذا ما أخذت به محكمة النقض إذ قضت بأن:

١- «متى كان الحكم الصادر في دعوى الشفعة قد قضى للشفيع بالشفعة مقابل دفعه الثمن للمشتري في خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ النطق بـه فإنه يكون قد دل بذلك على أنه جعل من هذا الدفع في الميعاد المقـرر فيـه شرطاً لاستحقاق العين المشفوع فيها بحيث إذا فوت الشفيع هذا الأجـل دون أن يقوم بالدفع بطلت شفعته وذلك دون حاجة إلى حصول تنبيه عليـه مـن المشتري بالدفع».

٢- «متى كان الحكم الابتدائي القاضي بالشفعة إذ قضى بها للشفيع مقابل أن يدفع الثمن للمشتري في خلال مدة معينة من تاريخ النطق به، فإنه يكون- على ما يجرى به قضاء هذه المحكمة- قد دل على أنه جعل من هذا الدفع في الميعاد المحدد له شرطاً لاستحقاق العين المشفوع فيها بحيث إذا فوت الشفيع هذا الأصل دون أن يقوم بوفاء ما فرض عليه بطلت شفعته وذلك دون حاجة إلى أن يقوم المشتري بالتنبيه عليه بالدفع ولا بإعلانه بالحكم القاضي بالشفعة ولا باتخاذ أي إجراء من إجراءات التنفيذ بالثمن، ولا يشترط النص صراحة في منطوق الحكم على سقوط الحق في الشفعة جزاء على عدم دفع الثمن في الميعاد المحدد ولا يترتب على إغفال ذلك عدم إعمال مقتضى الحكم».

(طعن رقم ٦٢ لسنة ٢١ق جلسة ١٩٥٢/١١/١٣)

كما جرى قضاء محكمة النقض على أن عرض الثمن عرضاً حقيقياً وإيداعه غير لازمين في حكم المادة (١٤) من قانون الشفعة، ومن ثم فإمساك الشفيع عن عرض الثمن أو عن إيداعه لا يصلح وحده سبباً للقضاء بعدم جدية دعواه أو بسقوط حقه في الشفعة.

إذ قضت بأن:

«إن قضاء محكمة النقض قد جرى على أن عرض الثمن عرضاً حقيقياً وإيداعه غير لازمين في حكم المادة الرابعة عشرة من قانون الشفعة. ومن ثم فإمساك الشفيع عن عرض الثمن أو عن إيداعه لا يصلح وحده سبباً للقضاء بعدم جدية دعواه».

(طعن رقم ١٢٦ لسنة ١٥ق جلسة ١٩٤٦/١٢/٥)

(أيضاً طعن رقم ٧١ لسنة ١٤ق جلسة ١٩٤٥/١/١١)

(طعن رقم ٦٦ لسنة ١٤ق جلسة ١٩٤٥/٢/١٥)

(طعن رقم ١٦ لسنة ١٥ق جلسة ١٩٤٦/١/٢٤)

مناقشات لجنة تنقيح القانون المدني:

أثارت هذه المسألة مناقشات واسعة أثناء إعداد مشروع التقنين المدني في لجنة المرحوم كامل صدقي باشا. فقد رأى بعض الأعضاء (المسيو باسار، المتر جراهام) عدم ضرورة عرض الثمن على المشتري عرضاً حقيقياً موجهاً النظر إلى ما يستتبعه العرض الحقيقي من خطر في الفروض التي يكون فيها العقار باهظ أو التي لا يكون الثمن فيها قد دفع من المشتري أو الذي يكون العقار فيها مثقلاً بحقوق عينية إذ يحسن عدم إغفال الحالات التي

يحتمل فيها إعسار المشفوع ضده حتى لا يتعرض الشفيع لخطر هذا الإعسار.

بينما ذهب رأي ثان إلى وجوب عرض الثمن عرضاً حقيقياً دفعاً للمضاربة حتى لا يتاح لشخص أن يعطل بيعاً هاماً بمجرد إنذار بسيط، كما أن إثبات مقدرة الشفيع على الوفاء من الوجهة القانونية لا يكون إلا عن طريق عرض الثمن على المشتري الذي سيحرم من ميزة عقده عرضاً حقيقياً، وهو أقطع دليل على حسن نية الشفيع ورغبته الجدية.

وتوسط رأي أخير بين الرأيين السابقين، فذهب أنصاره إلى أنه يمكن الاستغناء عن إجراء العرض الحقيقي دون تفويت حق لأحد، وذلك بإيداع جزء من الثمن خزانة المحكمة، إذ أن مثل هذا الإيداع كفيل بتحقيق كافة الضمانات اللازمة لإقصاء كل تدخل من جانب هواة المضاربة، كما أنه يقضي من جهة أخرى على ما قد يتعرض له الشفيع من أخطار قد تترتب على إجراء العرض الحقيقي في حالة إعسار المشفوع منه.

وهذا الرأي الأخير هو الذي أجمعت عليه اللجنة عدا رأي واحد، وهو الذي تضمنته الفقرة الثانية من المادة (١٣٩) من المشروع التمهيدي حيث أوجبت: «أن يودع بخزينة المحكمة الكائن في دائرتها العقار مبلغ يساوي على الأقل ثلث الثمن الحقيقي الذي حصل به البيع».

(محضر جلسة ٢٨ يناير سنة ١٩٣٨ مجموعة الأعمال التحضيرية ج٦ ص ٤١٢ الهامش وما بعدها). ولما نوقش هذا النص بلجنة المراجعة اقترح وجوب إيداع كل الثمن الحقيقي لا ثلثه.

والحكمة من إيداع الثمن هو ضمان الجدية في طلب الشفعة، وقطع الطريق على المضارين، حيث كان يتخذ من مجرد ثبوت الحق في الشفعة وسيلة للابتزاز والمساومة، فاستلزام المشرع إيداع كل الثمن كان الإجراء الحاسم في دابر هذه المساومات واختفائها.وعلى ذلك لا يكفي أن يودع الشفيع جزءاً من الثمن ولو كان معظمه، حتى ولو كان البائع قد منح المشتري أجلاً في الوفاء ببعض الثمن[1].

وقد رأت لجنة الشئون التشريعية حذف الفقرة الثانية وهي الخاصة بإيداع الثمن اكتفاء بعرضه عند إعلان عريضة دعوى الشفعة، وهذا العرض كاف لضمان جدية الدعوى، وهو لا يعطل في الوقت ذاته استغلال المال فيما إذا وجب إيداع الثمن». ووافق مجلس النواب على هذا التعديل.
وفي لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ رأت اللجنة عدم الأخذ بالتعديل الذي اختاره مجلس النواب، وأثرت النص على أن يودع الشفيع كل الثمن الحقيقي دون أن يكتفي بعرضه دفعاً للمنازعات.
ووافق مجلس الشيوخ على ذلك.

(مجموعة الأعمال التحضيرية ج٦ ص٤٢٢ وما بعدها).

(١) جميل الشرقاوي ص٣٨٨ – عبد المنعم الصوة ص٤٨١.

وقد قضت محكمة النقض بأن:

«إيداع كامل الثمن الحقيقي في الميعاد القانوني وعلى الوجه المبين في المادة ٩٤٢ من القانون المدني شرط لقبول دعوى الشفعة ولا يعفى من واجب إيداع الثمن كاملاً أن يكون متفقاً على تأجيل بعضه في عقد البيع المحرر بين المشتري والبائع ولا تعارض بين اشتراط القانون هذا الإيداع لقبول دعوى الشفعة وبين ما نص عليه في المادة ٩٤٥ مدني من أنه لا يحق للشفيع الانتفاع بالأجل الممنوح للمشتري في دفع الثمن إلا برضاء البائع، ذلك أن البائع لا يملك إعفاء الشفيع من شرط أوجبه القانون، كما أن هذا النص إنما ورد بصدد بيان آثار الشفعة أي بعد أن يثبت حق الشفيع في الشفعة رضاء أو قضاء ويصبح الثمن من حق البائع وحده فيكون له في هذه الحالة أن يمنح الشفيع في الوفاء به الأصل الممنوح للمشتري».

(طعن رقم ٢٨٤ لسنة ٢٨ق جلسة ١٩٦٣/١١/٧)

٩٣ ـ المقصود بالثمن الحقيقي:

المقصود بالثمن الحقيقي الذي يجب على الشفيع إيداعه خزانة المحكمة، هو الثمن الذي حصل الاتفاق عليه بين البائع والمشتري، قل هذا الثمن عن قيمة العين الحقيقية وقت البيع أو زاد عليها.

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن:

«إن ما يجب على الشفيع دفعه مقابل أخذه العين المبيعة بالشفعة (فيما عدا الملحقات القانونية) هو الثمن الحقيقي الذي حصل الاتفاق عليه بين البائع والمشتري، قل هذا الثمن عن قيمة العين الحقيقية وقت البيع أو زاد عليها.

ويعتبر الثمن المسمى في العقد هو الثمن الحقيقي إلى أن يثبت الشفيع صوريته. فإذا كان الحكم مفيداً أن المحكمة اعتبرت في تحديد الثمن الذي تمت به الصفقة بتقدير الخبير قيمة الأطيان المشفوع فيها وقت البيع وأقامت قضاءها على هذا الأساس وحده، ولم يكن تحدثها عن شهادة الشهود الذين سمعتهم لتستخلص منها مقدار الثمن الحقيقي الذي حصل عليه الاتفاق فعلا بل لتتخذ منها قرينة تؤيد بها تقرير الخبير الذي بني على اعتبارات اقتصادية تتصل بالقيمة التي كانت تساويها الأطيان المشفوع فيها وقت البيع ولا علاقة لها بالثمن الحقيقي الذي اتفق عليه، فإنها تكون قد أخطأت في تطبيق القانون».

(طعن رقم ٤٨ لسنة ١٨ق جلسة ١٩٥٠/٢/١٦)

وبالترتيب على ذلك قضت محكمة النقض أنه لا عبرة في تقدير الثمن، بتقرير الخبير لقيمة العقار المشفوع فيه وقت البيع استناداً على حركة السعر السائدة وقتذاك.

إذ جرى قضاؤها على أن :

١- «استخلاص الثمن الحقيقي وإن كان من مسائل الواقع التي تستقل بها محكمة الموضوع متى أقامت قضاءها على أسباب سائغة إلا أن اعتداد الحكم في تحديد الثمن الذي تمت به الصفقة بتقدير الخبير لقيمة العقار المشفوع فيه وقت البيع استناداً على حركة السعر السائدة وقتذاك وإقامته قضاءه على هذا الأساس وحده يصمه بالعيب».

(طعن رقم ٧٤٧٤ لسنة ٦٥ق جلسة ١٩٩٦/١١/٢٠)

٢- «لما كانت محكمة الموضوع قد عهدت إلى الخبير المنتدب بحث النزاع وبيان الثمن الحقيقي للأرض المشفوع فيها وقت البيع والذي خلص في تقريره إلى أن سعر الأرض مقداره.... مراعياً في ذلك تربة الأرض وصقعها ومجاورتها لمباني بعضها حديث وبعضها قديم وجميع العناصر المؤثرة في الأسعار وتلك السائدة في منطقة عقار النزاع بما مؤداه أن هذا التقدير بني على اعتبارات متعلقة بالقيمة التي كانت تساويها الأرض المشفوع فيها وقت البيع ولا علاقة لها بالثمن الحقيقي الذي اتفق عليه الطاعن مع المطعون ضده الأول، وإذ التفت الحكم المطعون فيه عن طلب الطاعن إحالة الدعوى إلى التحقيق لإثبات الثمن الحقيقي للأرض المشفوع فيها فإنه يكون فضلاً عن مخالفته القانون مشوباً بالإخلال بحق الدفاع».

(طعن رقم ٧٤٧٤ لسنة ٦٥ق جلسة ١٩٩٦/١١/٢٠)

٩٤- إيداع الثمن في حالة عدم إنذار الشفيع من البائع أو المشتري:

إذا لم يعلن الشفيع من البائع أو المشتري بإظهار رغبته في الأخذ بالشفعة، وبالتالي لم يعلن بالثمن الحقيقي الذي حصل به البيع، ولكنه علم بحصول البيع، فأودع الثمن الذي ظنه الثمن الحقيقي، ثم ظهر أنه على خلافه، بعد تقديم عقد البيع، فإنه يكون للشفيع إيداع باقي الثمن، وتستقيم بالتالي دعواه.

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن:

١- «إذا كان طالب الشفعة لم يودع كل الثمن طبقاً لما توجبه المادة ٩٤٢ من القانون المدني بعد أن علم به علماً يقينياً من عقد البيع الذي قدمته المشترية، فإن الحكم المطعون فيه إذ قضى بسقوط حقه في الأخذ بالشفعة لعدم إيداعه كل الثمن الحقيقي الذي حصل به البيع وذلك بالتطبيق لنص الفقرة الثانية من المادة ٩٤٢ من القانون المدني يكون قد طبق القانون تطبيقاً صحيحاً، لأنه إذا صح لطالب الشفعة أن يحتج بعدم علمه بحقيقة الثمن الذي حصل به البيع عند الإيداع ورفع دعوى الشفعة فإنه لا يكون لهذا الاحتجاج وجه بعد تقديم عقد البيع من المشترية الثابت به الثمن الذي حصل به البيع، وكما لا يعفى طالب الشفعة من إيداع هذا الثمن كونه طعن عليه بالصورية لأنه في هذه الحالة يكون مجازفاً فيتحمل خطر هذه

المجازفة إذا أخفق في إثبات الصورية».

(الطعن رقم ٢٥٩ لسنة ٣٥ ق جلسة ١٩٦٩/٥/١)

٢- «وحيث إن النعي بهذا الوجه غير سديد ذلك أن الشفيع في حالة عدم إنذاره بالبيع ليس له من سبيل إلى معرفة الثمن الحقيقي الذي تم به هذا البيع فيجوز له إيداع الثمن الذي يعتقد أنه مقابل البيع على أن يكمله عندما يتحقق من الثمن الحقيقي فيصح الإيداع. لما كان ذلك. وكان الثابت من الأوراق أن الشفيعة كانت قد بادرت بإعلان رغبتها في الأخذ بالشفعة إلى البائع والمشتري - الطاعنين- قبل أن يوجه إليها أيهما الإنذار الرسمي المنصوص عليه في المادة ٩٤٠ من القانون المدني وأودعت خزانة المحكمة الثمن الذي قدرت أن البيع حصل بموجبه ثم رفعت دعوى الشفعة طالبة أخذ العقار المبيع بالشفعة مقابل الثمن الذي أودعته مبدية استعدادها لتكملته في حالة ثبوت حصول البيع بأكثر منه وحين قدمت عقود البيع الثابت منها حصوله بثمن أكبر قامت بإيداع الفرق بين المبلغ الثابت بالعقود والمبلغ السابق لها إيداعه قبل أن تقيم دعواها فإنه بإيداعها هذا الفرق تكون قد أودعت كامل الثمن طبقاً لما تفرضه المادة ٩٤٢ من القانون المدني بعد علمها اليقيني بحقيقته من عقود البيع التي قدمت بعد رفع الدعوى. وإذ التزم

الحكم المطعون فيه هذا النظر فإنه يكون صحيحاً قانوناً ويكون النعي بهذا الوجه على غير أساس».

(طعن رقم ٢٨٦ لسنة ٥٠ق جلسة ١٩٨٣/١٢/٢٩)

٣- «الشفيع - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - في حالة عدم إنذاره بالبيع ليس له من سبيل إلى معرفة الثمن الحقيقي الذي تم به هذا البيع فيجوز له إيداع الثمن الذي يعتقد أنه مقابل البيع على أن يكمله عندما يتحقق من الثمن الحقيقي فيصح الإيداع وإذ كان الثابت من الأوراق أن الشفيع كان قد بادر بإعلان رغبته في الأخذ بالشفعة إلى البائع والمشتري - الطاعن والمطعون ضده الثاني- قبل أن يوجه إليه الإنذار الرسمي المنصوص عليه في المادة ٩٤٠ من القانون المدني وأودع خزانة المحكمة الثمن الذي قدر أن البيع حصل بموجبه «ثلاثة آلاف جنيه» ثم رفع دعوى الشفعة طالباً أخذ العقار المبيع بالشفعة مقابل الثمن الذي أودعه ثم قدم عقد البيع وثبت به أن الثمن مقداره ثلاثون ألف جنيه ثم ندبت المحكمة خبيراً لتقدير الثمن الذي حصل به البيع فقدره بمبلغ...... جنيه، ولم يودع الشفيع الفرق بين المبلغ الذي أودعه والثمن الذي قدره الخبير وأخذت به محكمة الموضوع فإنه لا يكون بذلك قد أودع كامل الثمن طبقاً لما تفرضه المادة ٢/٩٤٢ من القانون المدني بعد علمه اليقيني بحقيقة الأمر المسقط لحقه في أخذ العقار المبيع

بالشفعة».

(طعن رقم ١٠٢٧ لسنة ٦٣ق جلسة ١٩٩٣/١٢/٩)[١]

---

(١) وقد عدلت محكمة النقض بهذه الأحكام عن قضاء سابق لها سايرت فيه رأي في الفقه وقضت بأن الشفيع إذا بادر برفع دعواه اعتماداً على علم تلقائي دون انتظار لإنذار من جانب البائع أو المشتري، وأودع ما ظنه الثمن الحقيقي، ثم ظهر أنه على خلافه، فإنه بذلك يكون مجازفاً عليه خطره، ويكون بهذا الإيداع الناقص قد عرض حقه في الأخذ بالشفعة للسقوط.

إذ قضت بتاريخ ١٩٥٥/٢/١٠ في الطعن رقم ٥٤لسنة ٢٢ق بأن:

«لما كانت الفقرة الثانية من المادة ٩٤٢ من القانون المدني الجديد توجب على الشفيع أن يودع من خلال ثلاثين يوماً على الأكثر من تاريخ إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة خزانة المحكمة الكائن بدائرتها العقار كل الثمن الحقيقي الذي حصل به البيع، ورتب على عدم إتمام الإيداع في الميعاد المذكور وعلى الوجه المتقدم سقوط الحق في الشفعة كان مفاد ذلك أن الإيداع الكامل وفي الميعاد المذكور أصبح شرط أساسياً لقبول طلب الشفعة وإجراء جوهرياً من إجراءاتها، ولا تعتبر الدعوى قائمة في نظر القانون إلا بتحقق حصوله وإذن فمتى كان الواقع هو أن الشفيع قد بادر برفع دعواه اعتماداً على علم تلقائي دون انتظار لإعلان إظهار الرغبة من جانب البائع أو المشتري وأودع ما ظنه الثمن الحقيقي ثم ظهر أنه على خلافه، فإنه يكون بذلك مجازفاً وعليه خطره ويكون بهذا الإيداع الناقص قد عرض حقه في الأخذ بالشفعة للسقوط».

ولا شك في عدالة هذا القضاء لأنه يرشد الجزاء المقرر وهو سقوط الحق في الأخذ بالشفعة – كما سنرى- ولا يحكم به إلا إذا كان هناك محل من الناحية القانونية للحكم به فحيث يعدم الشفيع الوسيلة لمعرفة بيان جوهري متعلق بالعقد المشفوع فيه دون أن ينسب إليه خطأ أو تقصير فمن العدالة ألا يتعرض لمثل هذا الجزاء الشديد[١].

ولم يشترط المشرع سوى إيداع الثمن الحقيقي خزانة المحكمة فلم يستلزم إتمام هذا الإجراء بطريق العرض والإيداع المنصوص عليه بالمادة ١/٤٨٨ من قانون المرافعات.

وقد قضت محكمة النقض بأن:

«النص في المادة ٢/٩٤٢ من القانون المدني على أن المشرع أوجب على الشفيع أن يقوم قبل رفع دعوى الشفعة بإيداع الثمن والملحقات وعلى أن يتم ذلك خلال ثلاثين يوماً على الأكثر من تاريخ إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة بما مفاده أن القانون لم يشترط سوى إجراء إيداع الثمن بخزينة المحكمة دون أن يستلزم إتمام هذا الإجراء بطريق العرض والإيداع المنصوص عليه بالمادة (١/٤٨٨) من قانون المرافعات».

---

(١) نبيل سعد ص٤٢٧ – المستشار عزت حنوره ص٢٥٥ وما بعدها.

(طعن رقم ١٧١٧ لسنة ٥٢ق جلسة ١٩٨٥/٦/٢٥)

(راجع طعن رقم ١٧٢ لسنة ٥٤ ق جلسة ١٩٩١/٢/١٤ - منشور ببند ٣/٧٤).

٩٥ ـ الثمن الصوري:

المعول عليه في الثمن الذي يلتزم به الشفيع هو الثمن الذي انعقدت عليه إرادة البائع والمشتري حقيقة. فإذا كان الثمن المذكور في عقد البيع ثمناً صورياً، كانت العبرة بالنسبة إلى الشفيع بالثمن الحقيقي. والأصل أن الثمن المذكور في العقد هو الثمن الحقيقي. فإذا ادعى الشفيع أن الثمن المذكور في العقد أكبر من الثمن الحقيقي جاز له أن يثبت الثمن الحقيقي، فإذا نجح في هذا الإثبات فلا يلتزم إلا بالثمن الحقيقي الذي أقام الدليل عليه. وفي هذه الحالة يستطيع الشفيع أيضاً أن يقتصر على إيداع ما يعتقد أنه الثمن الحقيقي، ويكون عليه حينئذ أن يقيم الدليل أثناء نظر الدعوى على صحة اعتقاده، فإذا عجز عن ذلك سقط حقه في الأخذ بالشفعة، ولا يحول دون هذا السقوط أن يقوم بتكملة الثمن أثناء نظر الدعوى، إذ يعتبر أنه قد تخلف عن القيام بما يفرضه القانون من إيداع كل الثمن الحقيقي قبل رفع الدعوى. ولذلك يكون من الأحوط أن يودع الشفيع الثمن المذكور في العقد، ثم يثبت الصورية أثناء نظر الدعوى،

وهذا بطبيعة الحال إذا كان يريد الأخذ بالشفعة حتى لو كان ذلك بالثمن المذكور في العقد في حال عجزه عن إثبات الصورية.

فإذا أثبت الشفيع أن المبلغ الذي أودعه لا يقل عن الثمن الحقيقي فإن الإيداع يكون صحيحاً وله أن يسترد الفرق إذا أودع مبلغاً أكبر من الثمن[١].

ولما كان الشفيع يعتبر من الغير بالنسبة للبائع والمشتري، فله إثبات صورية الثمن بكافة طرق الإثبات القانونية بما فيها البينة والقرائن.

وقد قضت محكمة النقض بأن:

١- «إنه وإن كان يجوز للشفيع أن يثبت بكافة الطرق القانونية بما فيها البينة أن الثمن الوارد في عقد المشتري ليس هو الثمن الحقيقي للعين المشفوع فيها بل هو ثمن صوري تواطأ عليه البائع والمشتري بقصد تعجيزه عن الأخذ بالشفعة إلا أن ذلك لا يسلب القاضي سلطته في إجابة هذا الطلب أو رفضه تبعاً لما يتراءى له من عناصر الدعوى. فإذا توافر لديه الدليل على صحة الثمن المسمى في العقد كان له رفض طلب الإحالة على التحقيق. وإذن

---

(١) عبد المنعم الصده ص٤٨٢ – السنهوري ص٨٦٧ – محمد على عرفه ص٥٠٤ – نبيل سعد ٤٢٣.

فمتى كانت الطاعنة إذ طلبت الإحالة على التحقيق لم تسند إليها بقرينة تؤيد بها صورية الثمن المسمى في العقد بل بالعكس قامت لدى المحكمة قرينة تؤيد صحته وهو شراء نفس الطاعنة أحياناً شائعة في نفس الحوض في تواريخ قريبة من تاريخ العقد سبب الشفعة بأثمان تزيد على الثمن المسمى في العقد الأخير، فإن المحكمة لا تكون قد أخطأت في تطبيق القانون إذ رفضت بما لها من سلطة التقدير إحالة الدعوى على التحقيق بعد أن تبين لها صحة الثمن المسمى في العقد من القرينة المشار إليها».

(طعن رقم ١٦٠ لسنة ٢١ق جلسة ١٩٥٣/٥/٢٨)

٢- «إذا كان ثمن المعين المشفوع فيها محل نزاع بين الخصوم في دعوى الشفعة مما حدا بمحكمة أول درجة إلى إحالة الدعوى على التحقيق للوصول إلى معرفة حقيقية الثمن وسمعت شهود الطرفين إثباتاً ونفياً في هذا الخصوص فإن الحكم المطعون فيه إذ خلا من بيان الدليل الذي استند إليه في قضائه بالشفعة بالثمن الذي تمسك به الشفيع دون الثمن المسمى في العقد يكون قد شابه قصور يبطله».

(طعن رقم ١٥٨ لسنة ٢١ق جلسة ١٩٥٣/١٠/٢٢)

٣- «إذا كانت محكمة الموضوع قد أخذت الطاعنين المشفوع ضدهما، في خصوص ثمن الصفقة المشفوع فيها بدليل صالح للأخذ

به قانوناً- وهو عقد البيع الابتدائي الموقع عليه منهما- ولم تعتد بما أبدياه من تعليل لرفع الثمن في العقد النهائي لما ساقته في هذا الخصوص من أسباب سائغة- فلا وجه للنعي على حكمها بأنها لم تحل الدعوى إلى التحقيق لتحري حقيقة الثمن- ذلك أن لها في هذا الشأن سلطة تقدير إجابة هذا الطلب أو رفضه تبعاً لما يتراءى لها من عناصر الدعوى».

(طعن رقم ٣٠٢ لسنة ٢٤ق جلسة ١٩٥٩/١/١٥)

٤- (أ) «إن الشفيع بحكم أنه صاحب حق في أخذ العقار بالشفعة يعتبر من طبقة الغير بالنسبة لطرفي عقد البيع سبب الشفعة فيجوز له أن يثبت بكافة الطرق القانونية بما فيها البينة أن الثمن الوارد في عقد المشتري ليس هو الثمن الحقيقي للعين المشفوع فيها بل هو ثمن صوري تواطأ عليه البائع والمشتري بقصد تعجيزه عن الأخذ بالشفعة».

(ب) «إذا كانت محكمة الموضوع قد أحالت الدعوى إلى التحقيق لإثبات صورية عقد شراء الطاعنين، وكان الثابت أنها استخلصت من نتيجة هذا التحقيق ومن القرائن الأخرى التي استندت إليها أن هذا العقد جدى ولم تأخذ بالثمن الوارد به لما ثبت لها من أنه صوري فلا تناقض بين الأمرين».

(طعن رقم ٣٧٢ لسنة ٢٤ق جلسة ١٩٥٩/٤/٢)

٥- «الثمن الذي توجب المادة ٩٤٢ من القانون المدني على الشفيع إيداعه حتى لا يسقط حقه في الأخذ بالشفعة هو الثمن الذي حصل الاتفاق عليه بين البائع والمشتري وانعقد به البيع ولا يكون هذا الثمن دائماً هو الثمن المسمى في العقد إذ يحتمل أن يكون هذا الثمن غير حقيقي بقصد تعجيز الشفيع عن الأخذ بالشفعة، وللشفيع أن يطعن في هذا الثمن بالصورية وبأنه يزيد على الثمن الحقيقي وعندئذ يقع عليه عبء إثبات هذه الصورية وله أن يثبتها بطرق الإثبات القانونية كافة بحيث إن عجز عن إثباتها اعتبر أنه قد تخلف عن الإيداع المفروض عليه قانوناً إن كان المبلغ الذي أودعه يقل عن الثمن المسمى بالعقد».

(طعن رقم ٢٧ لسنة ٢٩ق جلسة ١٩٩٣/٢/٥)

٦- «تنص المادة ٢/٩٤٢ من القانون المدني على أن «وفي خلال ثلاثين يوماً على الأكثر من تاريخ هذا الإعلان (إعلان الرغبة) يجب أن يودع خزانة المحكمة الكائن في دائرتها العقار كل الثمن الحقيقي الذي حصل به البيع، مع مراعاة أن يكون هذا الإيداع قبل رفع الدعوى بالشفعة»، فإن لم يتم الإيداع في هذا الميعاد على الوجه المتقدم سقط حق الأخذ بالشفعة. ولما كان هذا النص صريحاً في أن ما يجب إيداعه هو كل الثمن الحقيقي الذي حصل به البيع،

فإن اشتراط إيداع الثمن المسمى في العقد ولو كان صورياً يعد قيدا لا يحتمله النص».

(طعن رقم ٤٨١ لسنة ٤٧ق جلسة ١٩٨٠/٤/١)

٧- «المقرر – وعلى ما جرى به قضاء هـذه المحكمـة – أن الثمن الواجب على الشفيع دفعه مقابل أخذه العين المبيعة بالشـفعة فيما عدا الملحقات القانونية هو الثمن الحقيقي الذي حصل الاتفـاق عليه بين البائع والمشتري قل هذا الثمن عن قيمة العـين الحقيقيـة وقت البيع أو زاد عليها ويعتبر الثمن المسمى في العقد هو الـثمن الحقيقي حتى يثبت الشفيع صوريته».

(طعن رقم ٧٤٧٤ لسنة ٦٥- جلسة ١٩٩٦/١١/٢٠) [1].

---

(١) كما قضت محكمة النقض في ظل قانون الشفعة الملغي بأن:

«إن القانون لا يشترط لصحة العرض الحاصل من الشـفيع أن يكـون بالثمن المسمى في العقد، لاحتمال أن يكون هذا غير حقيقي فلا يكـون عدلاً أن يرتبط به الشفيع. وكل ما يطلب من الشفيع هو أن يعرض الثمن من الثمن الذي يعرف أنه الثمن الحقيقي حسبما وصل إلى علمه، فـإذا نازعه المشتري في مقداره قضت المحكمة بالشفعة بالثمن الذي يتبين لها أنه الثمن الحقيقي. وإذا كان القانون لم يشترط أن يكون عرض الـثمن على المشتري عرضاً حقيقياً يتبعه إيداعه، ولم يجعل للشفيع حق تسـليم المبيع إذا أودع الثمن على ذمة المشتري، فالشفيع والحالة هذه لا يضار

وإذا كان الثمن المذكور في العقد أقل من الثمن الحقيقي الـــذي حصل به البيع فعلاً، وهذا متصور إذا كان البائع والمشتري جعـــلا الثمن المسمى في العقد أقل من الثمن الحقيقي للتهرب مـــن رســـوم التسجيل مثلاً. فإن القاعدة في هذا الصدد، هي أنه إذا كان الشـــفيع يعتبر من طبقة الغير بالنسبة لطرفي عقد البيع المشفوع فيه وبالتالي يحق له أن يتمسك بالعقد الظاهر فلا يحتج عليه بالعقد المستتر، إلا أن شرط ذلك أن يكون الشفيع حسن النية، بمعنى ألا يكون عالمـــاً بصورية العقد الظاهر وقت إظهار رغبته في الأخذ بالشـــفعة فـــإذا انتفى عنه حسن النية بأن ثبت علمه بالعقد الحقيقي المســـتتر جـــاز للمتعاقدين الاحتجاج عليه بهذا العقد المستتر.

وبناء على ذلك إذا كان الثمن المسمى بعقد البيع المشفوع فيـــه صورياً وأقل من الثمن الحقيقي فإن للشفيع – باعتباره من الغير في

بإبداء استعداده لأخذ المبيع بثمنه الحقيقي الذي تقضي به المحكمة، لأن هذا لا يكلفه شيئاً أكثر مما يطلب، والمشتري من جهة أخرى لا يســـتفيد من إبداء هذا الاستعداد، لأن المرجع في نهاية الأمر إلى كلمة القضـــاء الملزم للطرفين. وإذن فإذا قضى الحكم برفض الدفع بعدم قبول دعـــوى الشفعة لخلو إعلانها من إبداء الاستعداد لدفع الثمن المسمى في العقد إذا تبينت صحته، فإنه يكون قد أصاب»..

(طعن رقم ٧١ لسنة ١٤ق جلسة ١٩٤٥/١/١١).

هذا الصدد- إذا كان حسن النية أن يأخذ بالعقد الظاهر ولا يلزم إلا يدفع الثمن المذكور فيه[١].

وبهذا الرأي قضت محكمة النقض إذا ذهبت إلى أن:

١- «الشفيع - على ما جرى به قضاء هذه المحكمة - بحكم أنه صاحب حق في أخذ العقار بالشفعة يعتبر من طبقة الغير بالنسبة لطرفي عقد البيع سبب الشفعة ومن ثم لا يحتج عليه إلا بالعقد الظاهر. وإذن فمتى كان الحكم المطعون فيه إذ قضى للمطعون عليها الأولى بالشفعة مقابل الثمن الوارد بالعقد المسجل الصادر من الشركة البائعة إلى الطاعنين قد نفى بأدلة مسوغة علم المطعون

---

(١) نبيل إبراهيم سعد ص ٤٢٦ - وقارن السنهوري ص ٨٦٩ وعبد المنعم الصده ص٤٨٢ فيريان أنه إذا كان الثمن المذكور في العقد أقل من الثمن الحقيقي جاز لأي من المتعاقدين أن يثبت الثمن الحقيقي، فإذا نجح في هذا الإثبات وجب على الشفيع أن يدفع الثمن الحقيقي الذي قام الدليل عليه.

وفي هذه الحالة يكفي أن يودع الشفيع الثمن المذكور في العقد، حتى إذا ما ثبت الثمن الحقيقي أثناء نظر الدعوى وجب عليه أن يكمل الثمن، ولا يعتبر حينئذ أنه قد تخلف عن القيام بما يفرضه القانون من إيداع كل الثمن الحقيقي قبل رفع الدعوى، لأنه لم يكن يعلم بهذا الثمن، وله عذره في ذلك، ويرجع التزام الشفيع بالثمن الحقيقي إلى أنه لا يعتبر- في هذا الرأي - من الغير في خصوصية الصورية.

عليها الأولى بأن الثمن الحقيقي يختلف عن الثمن الوارد بالعقد، فإن النعي عليه بمخالفة القانون يكون على غير أساس».

(طعن رقم ٣٢٢ لسنة ٢٠ق جلسة ١٩٥٣/٢٩)

٢- «إذا كان الثابت أن هناك عقداً ظاهراً يقول طالب الشفعة إنه هو الذي علم به وحده وبني عليه طلبه الأخذ بالشفعة وهو العقد النهائي المسجل، وآخر يقول أنه كان مستترا عنه وقت الطلب، وهو العقد الابتدائي الذي قدمه المشتري أثناء سير الدعوى واعتمده الحكم، وكان العقدان مختلفين في بيان ثمن الصفقة إذ هو في العقد الابتدائي أكثر منه في العقد المسجل، والشفيع يتمسك بما جاء من الثمن في العقد الأخير حتى ولو كان صورياً، فإنه إذ كان الشفيع، بحكم أنه صاحب حق في أخذ العقار بالشفعة، من طبقة الغير بالنسبة إلى ورقة الضد المحررة بين البائع والمشتري، وإذ كانت ورقة الغير لا يحتج بها إلا بين المتعاقدين وخلفهم العام أما غيرهم من ذوي الحقوق الذين لم يعلموا بها وقت أن نشأت حقوقهم فلهم أن يتمسكوا بالعقد الظاهر، سواء كانت ورقة الضد ثابتة التاريخ أم غير ثابتة ما دامت لم تسجل، كان الاحتجاج على الشفيع بعد البيع الابتدائي الذي هو ورقة ضد العقد المسجل غير جائز قانوناً. وإذا خالف الحكم هذه القاعدة دون أن يذكر شيئاً عن علم الشفيع أو عدم

علمه بحقيقة الثمن حين طلب الشفعة فإنه يكون متعيناً نقضه».

(طعن رقم ١٣٢ لسنة ١٧ق جلسة ١٩٤٩/٤/١٤)

٣- (أ) «لئن كان الشفيع – بحكم كونه صاحب حق في أخذ العقار بالشفعة – يعتبر من طبقة الغير بالنسبة لطرفي عقد البيع سبب الشفعة وبالتالي يحق له أن يتمسك بالعقد الظاهر فلا يحتج عليه بالعقد المستتر، إلا أن شرط ذلك أن يكون حسن النية بمعنى ألا يكون عالماً بصورية العقد الظاهر وقت إظهار رغبته في الأخذ بالشفعة فإذا انتفى عنه حسن النية بأن ثبت علمه بالعقد الحقيقي المستتر جاز للمتعاقدين الاحتجاج عليه بهذا العقد».

(ب) «مؤدى عموم نص المادة ٢٤٤ من القانون المدني أن المناط في جواز تمسك الغير بالعقد الظاهر الصوري هو حسن نيته ولا يعتد في ذلك بالباعث على الصورية – سواء كان مشروعاً أم غير مشروع– وعلة ذلك أن إجازة التمسك بالعقد الظاهر استثناء وارد على خلاف الأصل الذي يقضي بسريان العقد الحقيقي الذي أراده المتعاقدان. وقد شرع هذا الاستثناء لحماية الغير الذي كان يجهل وجود هذا العقد وانخدع بالعقد الظاهر فاطمأن إليه وبنى عليه تعامله على اعتقاد منه بأنه عقد حقيقي».

(طعن رقم ٢٤٤ لسنة ٣١ق جلسة ١٩٦٥/١٢/٣٠)

٤- «الشفيع - على ما جرى به قضاء محكمة النقض - يعتبر من طبقة الغير بالنسبة لطرفي عقد البيع سبب الشفعة، فلا يحتج عليه إلا بالعقد الظاهر. فمتى كان عقد البيع قد أشهر، فلا جناح على الشفيع إن هو رفع دعواه بالشفعة على البائع الظاهر فيه».

(طعن رقم ٢٣ لسنة ٣٢ق جلسة ١٨/١٠/١٩٦٦)

٥- «الشفعاء يعتبرون من طبقة الغير بالنسبة لعقد البيع المبرم بين الطاعنين - المشترين- وبين المطعون عليهما التاسع والعاشر - البائعين- فيجوز لهم إثبات صورية ذلك العقد بجميع الطرق ومن بينها البينة والقرائن أخذاً بأن الصورية بالنسبة للغير تعتبر واقعة مادية، لا تصرفا قانونيا وذلك سواء وصف ذلك العقد بأنه بيع أو هبة مستترة في صورة عقد بيع».

(طعن رقم ٦٠ لسنة ٣٦ ق جلسة ١٤/٤/١٩٧٠)

٦- (أ) «الشفيع - بحكم كونه صاحب حق في أخذ العقار بالشفعة- يعتبر من الغير بالنسبة لطرفي البيع سبب الشفعة، ولا يحتج عليه إلا بالعقد الظاهر متى كان حسن النية».

(طعن رقم ٣٢٤ لسنة ٤٠ق جلسة ٢٧/١١/١٩٧٥)

(ب) «بحث توافر حسن النية لدى الشفيع وعدم علمه بصورية الثمن المسمى بعقد البيع المشفوع فيه وهو من وسائل الواقع التي

لمحكمة الموضوع الحق في تقديرها، ولا رقابة لمحكمة النقض عليها في ذلك متى كان استخلاصها سائغاً».

(طعن رقم ٣٢٤ لسنة ٤٠ق جلسة ١٩٧٥/١١/٢٧)

٧- «الشفيع بحكم كونه صاحب حق في أخذ العقار بالشفعة يعتبر من طبقة الغير بالنسبة لطرفي عقد البيع سبب الشفعة وبالتالي يحق له أن يتمسك بالعقد الظاهر فلا يحتج عليه بالعقد المستتر، إلا أن شرط ذلك أن يكون حسن النية، أي ألا يكون عالماً بصورية العقد الظاهر وقت إظهار رغبته في الأخذ بالشفعة».

(طعن رقم ١٠٣ لسنة ٤٨ق جلسة ١٩٧٩/١٢/١٣)

٨- «المقرر في قضاء النقض أن الشفيع بحكم أنه صاحب حق في أخذ العقار بالشفعة من طبقة الغير بالنسبة إلى الطرفين المتعاقدين – البائع والمشتري- فله أن يتمسك بالعقد الظاهر دون العقد المستتر، وله أن يتمسك بأن العقد الظاهر يتضمن واقعة صورية كتقديم تاريخه إلا أنه يقع عليه إثبات ذلك بكافة طرق لإثبات على أساس أن هذه الواقعة تعد بمثابة واقعة مادية بالنسبة له».

(طعن رقم ١٣٢٦ لسنة ٤٩ق جلسة ١٩٨٣/٥/٢٩)

٩- «صورية الثمن المسمى في عقد البيع المشفوع فيه. للشفيع الأخذ بالعقد الظاهر وعدم التزامه إلا بدفع الثمن المذكور فيه.

شرطه. أن يكون حسن النية غير عالم بهذه الصورية وقت إظهار رغبته في الأخذ بالشفعة. عبء إثبات علم الشفيع بالصورية وقوعه على عاتق المشفوع ضده. إثبات الأخير سوء نية الشفيع وعلمه بالصورية وبالثمن الحقيقي من قبل إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة. اعتبار الإيداع ناقصاً. م ٢/٩٤٢ مدني. أثره. سقوط حق الشفيع في الأخذ بالشفعة. عدم إثبات المشفوع ضده ذلك. للشفيع الأخذ بالشفعة لقاء الثمن المبين في العقد. اعتبار إجراء الإيداع صحيح قانوناً».

(طعن رقم ٥٧٣٧ لسنة ٦٢ق جلسة ٢٠٠٠/١/١٣ - لم ينشر بعد)

٩٦ـ يجب أن يكون الشفيع مالكاً للمال الذي يودعه:

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن:

١- (أ) «الرهبة - على ما جرى به قضاء محكمة النقض- نظام متبع لدى بعض الطوائف المسيحية في مصر. وقد اعترفت به الحكومة. إذ منحت الرهبان بعض المزايا فأعفتهم من الخدمة العسكرية ومن الرسوم الجمركية، وقد صرح الأمر العالي الصادر في ١٩٨٣/٥/١٤ بترتيب المجلس الملي لطائفة الأقباط الأرثوذكي وتحديد اختصاصاته بأن للرهبنة نظاماً خاصاً يجب احترامه والعمل على نفاد الأحكام المقررة له. ووفقاً لهذه الأحكام لا تعدم الرهبنة شخصية الراهب ولا تمس أهلية وجوبه، إذ يظل صالحاً لاكتساب

الحقوق والتحمل بالالتزامات، وإنما يعتبر كل ما يقتنيه الراهب بعد انخراطه في سلك الرهبنة ملكاً للبيعة التي كرس حياته لخدمتها لأنه يعتبر طبقاً للأحكام الكنسية نائباً عن البيعة في تملك هذه الأموال إذا الأصل أن الراهب يدخل الدير فقيراً مجرداً من كل مال كي يتقف ويربي وفقاً لأحكام الدين على حساب .... وهو راض بالنظام الكنسي القاضي بأن كل ما يصيبه من رزق يعتبر أصلا ملكاً للكنيسة ما لم يثبت عكس ذلك. وهذا الذي جرى عليه العرف الكنسي ليس فيه ما يخالف أحكام القانون أو مبادئ النظام العام».

(ب) «المناط في أحقية الطاعن بوصفه راهبا - في المطالبة بالشفعة يتحدد، لا بما إذا كانت العين التي يشفع بها مملوكة له ملكية خاصة فحسب، بل بما إذا كان المبلغ الذي أودعه ثمناً للعقار المشفوع به من ماله الخاص أيضاً. فإذا كان الطاعن قد اقتصر على التمسك أمام محكمة الموضوع بأن العين التي يشفع بها مملوكة له ملكية خاصة، ولم يدع أن ثمن العقار المشفوع فيه الذي أودعه خزانة المحكمة هو من ماله الخاص. وكان ما قرره الطاعن من أن العين يخرج عن مال البيعة، وكان الحكم المطعون فيه قد أسس قضاءه بعدم قبول الدعوى لرفعها من غير ذي صفة على أن ما يملكه الطاعن من مال بعد انخراطه في سلك الرهبنة يعتبر ملكاً للبيعة التي يتبعها وعلى أن الطاعن رفع دعوى الشفعة لحسابه

الخاص لا بوصفه ممثلاً للكنيسة، فإن هذا الذي قرره الحكم يكون صحيحاً في القانون».

(طعن رقم ٩ لسنة ٣٢ق جلسة ١٩٩٦/٥/٣١ - غير منشور)

٩٧ ـ هل يجوز إيداع الثمن بشيك مصرفي؟

يجوز إيداع الثمن بشيك مصرفي مقبول الدفع، وهو الذي أطلق عليه قانون التجارة الجديد الصادر بالقانون رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ (المعدل) الشيك المؤشر عليه بالاعتماد من المسحوب عليه م٤٨٢[1].

---

(١) تنص هذه المادة على أن:

١- «لا قبول في الشيك فإذا كتبت عليه صيغة القبول اعتبرت كأن لم يكن.

٢- ومع ذلك يجوز تقديم الشيك للمسحوب عليه للتأشير عليه بالاعتماد. ويفيد هذا التأشير وجود مقابل الوفاء لدى المسحوب عليه في تاريخ التأشير. ويعتبر توقيع المسحوب عليه على صدر الشيك اعتماداً له.

٣- لا يجوز للمسحوب عليه رفض اعتماد الشيك إذا كان لديه مقابل وفاء يكفي لدفع قيمته.

٤- ويبقى مقابل وفاء الشيك المؤشر عليه بالاعتماد مجمداً لدى المسحوب عليه وتحت مسئوليته لمصلحة الحامل إلى حين انتهاء مواعيد تقديم الشيك للوفاء».

(راجع في التفصيل مؤلفنا موسوعة الفقه والقضاء في شرح قانون التجارة الجديد المجلد الثالث في الأوراق التجارية شرح المادة ٤٨٢).

أما إذا أودع الثمن بشيك مصرفي عادي، فإنــه لا يــدل علــى الإيداع إلا ثم صرف قيمته خلال الميعاد القانوني المحدد للإيداع.

ولا يعتبر إيداعاً للثمن تقديم كفيل موسر أو خطاب ضمان لأداء الثمن في حالة الحكم بالأحقية في الشفعة (١).

٩٨ـ لا يجوز للبائع إعفاء الشفيع من إيداع الثمن:

إيداع الشفيع ثمن العقار المشفوع فيه خزانة المحكمة المختصة في الميعاد الذي حدده القانون، شرط لقبول دعوى الشفعة، فلا يملك البائع إعفاء الشفيع منه، فضلاً عن أن الشرط المذكور لــم يتقــرر لمصلحة البائع وحده، وإنما وضع لمصلحة من يكون له الحق فــي الثمن المودع كله أو بعضه عندما يثبت حق الشفعة بحكــم نهــائي، سواء كان صاحب هذا الحق هو المشتري الذي عجل كل الــثمن أو بعضه للبائع، أم هو البائع الذي لم يستوف الثمن كله أو بعضه.

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن:

«إذ أوجب الشارع في الفقرة الثانية من المادة ٩٤٢ من القانون المدني على الشفيع أن يودع في خلال ثلاثين يوماً على الأكثر مــن تاريخ إعلان الرغبة في الشفعة خزانة المحكمة الكائن في دائرتهــا العقار كل الثمن الحقيقي الذي حصل به البيع، مع مراعاة أن يكون

---

(١) السنهوري ص٨٦٦.

هذا الإيداع قبل رفع الدعوى بالشفعة، وإذ رتب على عـدم إتمـام الإيداع في الميعاد المذكور على الوجه المتقدم سقوط حـق الأخـذ بالشفعة، فقد دل على أن إيداع كامل الثمن الحقيقي في ذلك الميعاد هو شرط لقبول دعوى الشفعة فلا يملك البائع إعفاء الشـفيع مـن شرط أوجبه القانون، لأنه فضلاً عن أن هذا الإعفاء مخالف لصريح النص، فإن الشرط المذكور لم يتقرر لمصلحة البائع وحده، وإنمـا وضع لمصلحة من يكون له الحق في الثمن المودع كله أو بعضـه عندما يثبت حق الشفعة بحكم نهائي، سواء كان صاحب هذا الحـق هو المشتري الذي عجل كل الثمن أو بعضه للبائع، أم هـو البـائع الذي لم يستوف الثمن كله أو بعضه ولا تعـارض بـين اشـتراط القانون هذا الإيداع لقبول دعوى الشفعة وبين ما نص عليـه فـي المادة ٢/٩٤٥ من القانون المدني من أنه لا يحق للشـفيع الانتفـاع بالأجل الممنوح للمشتري في دفع الثمن إلا برضاء البائع ذلـك أن هذا النص الأخير إنما ورد بصدد بيان آثار الشـفعة، أي بعـد أن يثبت حق الشفيع في الشفعة رضاء أو قضاء، ويصبح الـثمن مـن حق البائع وحده، فيكون له في هذه الحالة أن يمنح الشفيع في الوفاء به الأجل الممنوح للمشتري، ومن ثم لا يجوز استناداً إلى هذا النص تخويل البائع حق الإعفاء من شرط أوجبه القانون لقبـول دعـوى

الشفعة. وإذ التزم الحكم المطعون فيه هذا النظر، فإن النعي عليه بالخطأ في تطبيق القانون يكون على غير أساس».

(طعن رقم ٧١٨ لسنة ٤١ق جلسة ١٩٧٦/١/٢٩)

٩٩ـ عدم لزوم إيداع ملحقات الثمن:

كانت المادة (١٤) من قانون الشفعة الملغي توجب على الشفيع أن يعلن للبائع والمشتري طلبه لها كتابة على يد محضر ويكون هذا الإعلان مشتملاً على عرض الثمن **وملحقاته** الواجب دفعها قانوناً[1].

---

(١) وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض بأن:

«التزام الشفيع بملحقات الثمن إنما يترتب على قيام المشتري بإنفاقها ويبدأ واجب عرض الملحقات من وقت اتصال هذا الاتفاق بعلم الشفيع طبقاً لنص المادة (١٤) من قانون الشفعة. فإذا كان الثابت أن المشتري ما كان على علم بهذه الملحقات وقت إنذار الشفعة فإنه يكفي أن يكون الشفيع قد أبدى استعداده بعريضة الدعوى الابتدائية لدفع الملحقات مع الثمن ولا يكون الحكم قد أخطأ في القانون إذا قضى برفض الدفع ببطلان إنذار إبداء الرغبة لعدم اشتماله عرض الملحقات في هذه الحالة».

(طعن رقم ١٩٧ لسنة ٢٣ق جلسة ١٩٥٦/١٢/٢٠)

إلا أن نص المادة (٩٤٢) أغفل النص علـى إيـداع ملحقـات الثمن.

ومن ثم لا يلزم الشفيع بإيداع ملحقات الثمن، إذ لو أراد المشرع أن يشمل الإيداع تلك الملحقات لذكرها في النص كما فعـل قـانون الشفعة الملغي، وكما فعل في تحديده للبيانات الواجب ذكرهـا فـي الإنذار الرسمي ومن اشتمالها تلك المحلقات. وقد اكتفـى المشـرع بإيداع كل الثمن دون إيداع الملحقـات، إذ قـد لا يتيسـر حسـاب الملحقات على وجه التحديد لأول وهلة وبخاصة غير الرسمية منها. وقد كان المشروع التمهيدي لنص المادة ٢/٩٤٢ مدني يكتفي بإيداع « ثلث الثمن الحقيقي الذي حصل به البيع» فرفع ثلث الثمن إلى كل الثمن في المراحل التالية. وهذا يدل على أنه لم يكن المقصـود أن يودع الشفيع خزانة المحكمة كل ما يستحق في ذمته لقـاء الأخـذ بالشفعة، بل يودع الثمن الحقيقي فقط.

وقد استقرت محكمة النقض على الأخذ بهـذا الـرأي إذا قضت بأن:

١- «إذا كانت المادة ١٤ من قانون الشفعة القديم توجب علـى الشفيع إعلان رغبته في الأخذ بالشفعة مشتملاً على عرض الـثمن والملحقات الواجب دفعها قانوناً، إلا أن الشارع في القانون المـدني الجديد لم يأخذ بقاعدة عرض الثمن والملحقـات وأوجبـت المـادة

٩٤٢ منه على الشفيع إيداع كامل الثمن ضماناً لجدية طلب الشفعة وجعل الجزاء على مخالفة ذلك هو سقوط الحق في الأخذ بالشفعة، مما يدل على أن الشارع قد تعمد في القانون الجديد إغفال ملحقات الثمن فيما يجب إيداعه اكتفاء منه بتقييد حق الشفعة بإيداع الثمن الحقيقي فحسب، مما يتعين معه إعمال هذا القيد في أضيق الحدود بحيث لا ينسحب إلى ملحقات الثمن الذي لم يرد بها تكليف في القانون».

(طعن رقم ٤٣ لسنة ٢٨ق جلسة ١٩٦٣/٢/٢١)

٢- «إذا كانت المادة ٩٤٢ من القانون المدني توجب على الشفيع إيداع كامل الثمن ضماناً لجدية طلب الشفعة، وجعلت الجزاء على مخالفة ذلك هو سقوط الحق في الأخذ بالشفعة مما يدل على أن الشارع قد تعمد في القانون الجديد - خلافاً لقانون الشفعة القديم- إغفال ملحقات الثمن فيما يجب إيداعه، اكتفاء منه بتقييد حق الشفعة بإيداع الثمن الحقيقي فحسب مما يتعين معه إعمال هذا القيد في أضيق الحدود، دون أن ينسحب إلى ملحقات الثمن التي لم يرد بها تكليف في القانون، فإن إغفال الحكم المطعون فيه الرد على ما يثيره الطاعنان بسبب النعي - من سقوط حق المطعون عليه الأول في الأخذ بالشفعة لعدم اشتمال صحيفة الدعوى على استعداده لدفع

الملحقات - لا يعيبه بالتصور».

(طعن رقم ٤١٤ لسنة ٣٨ق جلسة ١٩٧٤/٣/١٤)

٣- «المادة (٩٤٢) من القانون المدني توجب على الشفيع إيداع كامل الثمن ضماناً لجدية طلب الشفعة وجعلت الجزاء على مخالفة ذلك هو سقوط الحق في الأخذ بالشفعة. بما يدل على أن الشارع قد تعمد في القانون القائم- خلافاً لقانون الشفعة القديم إعفاء ملحقات الثمن مما يجب إيداعه اكتفاء منه بتقييد حق الشفعة بإيداع الثمن الحقيقي فحسب مما يتعين معه إعمال هذا القيد في أضيق الحدود دون أن ينسحب إلى ملحقات الثمن التي لم يرد بها تكليف في القانون».

(طعن رقم ٧٢٠ لسنة ٤٦ق جلسة ١٩٨٠/٦/٣)

٤- «لا على الحكم المطعون فيه إن اكتفى - عند الرد على الدفع بعدم إيداع الشفيع لملحقات الثمن- بالقول بأن الشفيع قد أودع كامل الثمن ولم يتعرض للملحقات إذ جرى قضاء هذه المحكمة بعد العمل بالقانون المدني الحالي على تقرير أن الشارع قد تعمد إغفال ملحقات الثمن فيما يجب إيداعه اكتفاء منه بتقييد حق الشفعة بإيداع الثمن الحقيقي فحسب مما يجب معه إعمال هذا القيد في أضيق الحدود فلا ينسحب إلى الملحقات التي لم يرد بها تكليف في القانون».

(طعن رقم ٥٤٢ لسنة ٤٧ق جلسة ١٩٨١/١/٨)

٥- «المادة ٩٤٢ من القانون المدني توجب على الشفيع إيــداع كامل الثمن الذي حصل به البيع ضماناً لجديــة الشــفعة، وجعلــت الجزاء على مخالفة ذلك هو سقوط الحق في الأخذ بالشفعة، وأغفلت ملحقات الثمن فيما يجب إيداعه اكتفاء بإيداع الثمن الحقيق فحسب، ولم يرد تكليف في القانون ببيان المصــروفات الرســمية بــإعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة»

(طعن رقم ٧٣٠ لسنة ٤٨ق جلسة ١٩٨١/١١/٤)[(١)]

على أنه يلاحظ -كما سنرى- أنه إذا قضى بثبوت الحق في أخــذ العقار بالشفعة، فإن الشفيع يلزم بأداء هذه الملحقات، وتتســع الــدعوى لبحث النزاع الذي يقوم بين طرفي الخصومة في مقدار هذه الملحقات.

---

(١) وهذا القضاء عدول من محكمة النقض عن قضاء سابق لها بأن الشــفيع لا يعفى من إيداع الملحقات إلا إذا كان لا يعلم بها.

إذا قضت بأن:

«متى كان الحكم قد قرر لأسبابه السائغة والتي تتفق مع شروط البيع أن الشفيع إذا لم يقم بإيداع الملحقات مع ثمن العقار المشفوع فيه لم يكن قد وصل إلى علمه شيء عن هذه الملحقات ولا عن مقدارها، فإن هذا الذي قرره الحكم يكون صحيحاً في القانون ويكون للشفيع عذره في عدم إيداع الملحقات مع الثمن».

(طعن رقم ٣٣٦ لسنة ٢٢ق جلسة ١٩٥٦/٥/١٧)

١٠٠ ـ عدم التزام الشفيع بإيداع المصروفات الضرورية والنافعة والتعويض عن البناء والغراس:

سنرى أن الشفيع يجب أن يرد إلى المشتري ما أنفقه على العقار المشفوع فيه من مصروفات ضرورية ومصروفات نافعة، ويكون ذلك لا بناء على القواعد الخاصة بحق الشفعة، بل بناء على القواعد العامة. كذلك يجب أن يعوض المشتري عما أحدثه هذا في العقار المشفوع فيه من بناء وغراس، وهذا طبقاً لقواعد خاصة بالشفعة قررها القانون – كما سنرى تفصيلاً– في المادة (٩٤٦ مدني). ولا يلزم الشفيع بإيداع هذه المصروفات جميعاً خزانة المحكمة مع الثمن الحقيقي للعقار، لذات الاعتبارات التي ذكرناها في ملحقات الثمن، كما أن هذه المصروفات لم تنفق إلا بعد الشراء[١].

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن:

«بينت المادة ٩٤٦ من القانون المدني ما يحق للمشتري اقتضاؤه من الشفيع مقابل البناء أو الغراس الذي يجريه المشتري في العقار المشفوع به والمادة ٩٤٢ من هذا القانون حدوث ما يجب

---

(١) السنهوري ص٨٨٠ وما بعدها– محمد كامل مرسي ص٤٦٩– محمود جمال الدين زكي ص٤٦٨ وما بعدها.

على الشفيع إيداعه بأنه «كل الثمن الحقيقي الذي حصل بـه البيـع ورتبت على مخالفة ذلك سقوط حق الأخذ بالشفعة، وعبـارة «كـل الثمن الحقيقي الذي حصل به البيع» لا تتسع لأن يكون المسـتحق للمشتري مقابل البناء أو الغراس مما يجب على الشفيع إيداعه، ومن ثم فإن عدم إيداع الشفيع لهذا المقابل لا ينبني عليه سقوط حق الأخذ بالشفعة، إذ القول بغير ذلك فيه إضافة لإجراء من إجراءات الشفعة لا يتطلبه القانون وإعمال للجزاء في غير النطاق الذي حدده».

(طعن رقم ٤٧٦ لسنة ٤٧ق جلسة ١٩٨٠/٦/٣)

١٠١ ـ ميعاد الإيداع:

تنص الفقرة الثانية من المادة (٩٤٢ مدني) على أن: «وخـلال ثلاثين يوماً على الأكثر من تاريخ هذا الإعـلان يجـب أن يـودع خزانة المحكمة الكائن في دائرتها العقار كل الثمن الحقيقـي الـذي حصل به البيع... إلخ» ومن ثم فإن إيداع الثمن يجب أن يتم خلال ثلاثين يوماً على الأكثر من تاريخ إعلان الشفيع الرغبة في الشفعة إلى البائع والمشتري. فإذا كان قد تم إعلان أحـدهما قبـل الآخـر فالعبرة بالإعلان الأخير.

ولا يحسب اليوم الذي تم فيه الإعلان، وإنما يبدأ الميعـاد مـن اليوم التالي له، ويحسب في الميعاد اليوم الأخير.

وبصفة عامة يخضع حساب الميعاد وإضافة مواعيد المسافة إليه لقواعد قانون المرافعات والتي ذكرناها سلفاً.

وهذا الميعاد مدة سقوط لا مدة تقادم ولا يرد عليه الوقف أو الانقطاع.

ولكن إذا كان الشفيع لم ينذر من البائع والمشتري بإبداء رغبته في الأخذ بالشفعة ثم رفع الدعوى دون أن يسبقها إيداع الثمن، فله إيداع الثمن ثم رفع دعوى جديدة.

١٠٢ ـ وجوب الإيداع قبل رفع دعوى الشفعة:

توجب الفقرة الثانية من المادة (٩٤٢ مدني) «مراعاة أن يكون هذا الإيداع (أي إيداع الثمن) قبل رفع دعوى الشفعة».

فيجب إذن أن يتم إيداع ثمن العقار المشفوع فيه قبل رفع دعوى الشفعة. وقد استوجب المشرع ذلك ضماناً للجدية في طلب الشفعة غير أن المشرع لم يحدد فاصلاً زمنياً محدداً بين الإيداع ورفع الدعوى، فيجوز أن يودع الثمن ثم ترفع الدعوى بعد الإيداع في ذات اليوم.

وعلى ذلك يجب على المحكمة أن تتحقق من أن الإيداع قد تم قبل رفع دعوى الشفعة.ويكون ذلك عن طريق ما يرد في صحيفة دعوى الشفعة من الإشارة إلى رقم قسيمة الإيداع وتاريخ الإيداع ورقم حافظة التوريد ورقم اليومية وغير ذلك من بيانات تسمح

للمحكمة من التثبت على وجه التعيين من توافر هذا الشرط. وعلى ذلك فإن لم تستطع المحكمة التثبت من ذلك بطريقة قاطعة كما لـو أن لم تتضمن صحيفة الدعوى بيانات تفيد ذلك، سقط حق الشـفيع في الشفعة[١].

وقد قضت محكمة النقض بأن:

١- «تضمن نص المادة ٢/٩٤٢ من القانون المدني شـرطين أولهما: أن يودع الشفيع الثمن الحقيقي خزانة المحكمة خلال ثلاثين يوماً على الأكثر من تاريخ إعلان الرغبة. والثاني أن يكـون هـذا الإيداع سابقاً على رفع الدعوى. وقد هدف المشرع من حصول هذا الإيداع قبل رفع الدعوى إلى ضمان الجدية في طلب الشـفعة ولـم يحدد فاصلا زمنياً معيناً بين الإيداع ورفع الدعوى فاشتراط حصول الإيداع في اليوم السابق هو قيد آخر لا يحتمله النص ولا يتفق مـع فكرة التيسير في الميعاد التي أخذ بها الشارع. أما التحدي بالمـادة ٢٠ من قانون المرافعات فمردود بأن القانون قد شـرط ميعـادين أحدهما محدداً بالأيام له بداية ونهاية والثاني غير محدد بالأيام وإنما بفاصل زمني غير محدد وهو مجرد الأسبقية أو القبلية على رفـع

---

(١) نبيل سعد ص٤٣١ وما بعدها.

الدعوى مما لا محل معه لإعمال حكم تلك المادة».

(طعن رقم ١٩٧ لسنة ٢٧ق جلسة ١٦/١٠/١٩٦١)

٢- «لما كان هدف المشرع من شرط إيداع الثمن قبل رفع دعوى الشفعة - وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض- هو ضمان الجدية في طلب الشفعة، دون تحديد فاصل زمني بين الإيداع ورفع الدعوى. وإذ يتحقق هذا الهدف بأسبقية الإيداع أو القبلية على رفع الدعوى. فإن اشتراط حصول الإيداع في اليوم السابق يعد قيداً آخر لا يحتمله نص المادة ٢/٩٤٢ من القانون المدني».

(طعن رقم ٢٣ لسنة ٣٢ق جلسة ١٨/١٠/١٩٦٦)

٣- «لما كان هدف المشرع من شرط إيداع الثمن قبل رفع دعوى الشفعة - وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض- هو ضمان الجدية في طلب الشفعة دون تحديد فاصل زمني معين بين الإيداع ورفع الدعوى، وإذ يتحقق هذا الهدف بأسبقية الإيداع أو القبلية على رفع الدعوى، فإن اشتراط حصول الإيداع في اليوم السابق يعد قيداً لا يحتمله نص المادة ٢/٩٤٢ من القانون المدني».

(طعن رقم ٢٣٩ لسنة ٣٦ق جلسة ١٠/١٢/١٩٧٠)

١٠٣ـ مكان الإيداع:

أوجبت الفقرة الثانية من المادة (٩٤٢ مدني) أن يكون إيداع الثمن في «خزانة المحكمة الكائن في دائرتها العقار».

وهذه المحكمة هي المحكمة المختصة التي ترفع أمامها دعوى الشفعة. فإذا كانت المحكمة المختصة قيمياً بنظر دعوى الشفعة هي المحكمة الجزئية وجب إيداع الثمن في خزانة هذه المحكمة. وإذا كانت المحكمة المختصة قيمياً هي المحكمة الابتدائية وجب إيداع الثمن خزانة هذه المحكمة ولا يجوز في الحالة الأولى إيداع الثمن خزانة المحكمة الابتدائية، كما لا يجوز في الحالة الثانية إيداع الثمن خزانة المحكمة الجزئية.

وقد قضت محكمة النقض بأن:

«وحيث إن الطعن أقيم على سببين ينعى الطاعن بالسبب الثاني منهما على الحكم المطعون فيه الخطأ في تطبيق القانون، وفي بيان ذلك يقول إنه دفع أمام محكمة الموضوع بسقوط حق المطعون ضده الأول في الأخذ بالشفعة لإيداعه الثمن خزانة محكمة دسوق الجزئية دون خزانة محكمة كفر الشيخ الابتدائية المختصة بنظر الدعوى، وإذ رفضت المحكمة ذلك الدفع على سند من أن الثمن أودع خزانة المحكمة المختصة، فإن حكمها يكون معيباً بما يستوجب نقضه.

وحيث إن هذا النعي غير صحيح، ذلك أن الثابت في الأوراق أن المطعون ضده الأول أودع ثمن المبيع خزانة محكمة دسوق الكلية الكائن بدائرتها العقار المشفوع فيه المختصة بنظر دعوى الشفعة إعمالاً لحكم المادة ٢/٩٤٢ من القانون المدني، وإذ التزم الحكم المطعون فيه هذا النظر واعتد بذلك الإيداع، فإنه يكون قد طبق القانون تطبيقاً صحيحاً ويكون النعي بهذا السبب على غير أساس».

(طعن رقم ٣٢٦٩ لسنة ٦٢ق جلسة ٢٠٠١/١/٣٠ - لم ينشر بعد)

ويترتب على عدم إيداع الثمن خزانة المحكمة المختصة سقوط حق الأخذ بالشفعة.

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن:

١- «إذ كانت المادة ٩٤٢ من القانون المدني قد نصت على أنه «يجب خلال ثلاثين يوماً على الأكثر من تاريخ إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة أن يودع خزانة المحكمة الكائن في دائرتها العقار كل الثمن الحقيقي الذي حصل به البيع مع مراعاة أن يكون هذا الإيداع قبل رفع الدعوى بالشفعة، فإن لم يتم الإيداع في هذا الميعاد على الوجه المتقدم سقط حق الأخذ بالشفعة» وكان إيداع الثمن الحقيقي خزانة المحكمة في خلال الموعد الذي حددته المادة السالفة هو إجراء من إجراءات دعوى الشفعة فإنه يتعين اتخاذه أمام المحكمة

المختصة قانوناً بنظر تلك الدعوى، يؤكد ذلك أن المادة ٩٤٣ من القانون المدني قد حددت المحكمة التي ترفع إليها دعوى الشفعة بأنها المحكمة الكائن في دائرتها العقار المشفوع فيه مستخدمة ذات العبارة التي حددت بها المادة ٢/٩٤٢ السابقة عليها المحكمة التي يجب إيداع الثمن الحقيقي بخزانتها إذ استخدام هذه العبارة في القضية بمعنى اصطلاحي واحد يدل على وجوب إيداع الثمن الحقيقي للعقار المشفوع فيه بخزانة المحكمة المختصة قانوناً بنظر دعوى الشفعة وإلا سقط الحق فيها، وإذ كان المطعون ضده الأول قد أودع هذا الثمن خزانة محكمة إدفو الجزئية دون محكمة أسوان الابتدائية الواقع بدائرتها العقار المشفوع فيه والتي رفعت إليها دعوى الشفعة، وقد اعتبر الحكم المطعون فيه إيداع الثمن بخزينة المحكمة الجزئية صحيحاً تأسيساً على أن العقار يقع بدائرة محكمة إدفو الجزئية وإن كانت محكمة أسوان الابتدائية هي المختصة بنظر الدعوى، فإنه يكون قد خالف القانون وأخطأ في تأويله وتفسيره بما يوجب نقضه دون حاجة لبحث باقي أوجه الطعن، ونظراً لأن الموضوع صالح للفصل فيه، ولما تقدم لا يعتد بالإيداع الحاصل ويعتبر طالب الشفعة متخلفاً عن إيداع الثمن وفقاً للقانون مما يسقط حقه في الأخذ بالشفعة (م٩٤٢) ويتعين لذلك إلغاء الحكم المستأنف

والقضاء بسقوط حق المطعون ضده الأول في الشفعة ورفض دعواه.

(طعن رقم ٣٧٦ لسنة ٤٤ق – جلسة ١٩٧٧/٢/١٤)

٢- «إن كانت المادة ٩٤٢ من القانون المدني قد نصت في فقرتها الثانية على أنه يجب – خلال ثلاثين يوماً على الأكثر من تاريخ إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة- أن يودع خزانة المحكمة الكائن بدائرتها العقار كامل الثمن الحقيقي الذي حصل به البيع مع مراعاة أن يكون هذا الإيداع قبل رفع الدعوى بالشفعة فإن لم يتم الإيداع في هذا الميعاد على الوجه المتقدم سقط حق الأخذ بالشفعة. وكان إيداع الثمن الحقيقي خزانة المحكمة في خلال الموعد الذي حددته المادة السابقة هو إجراء من إجراءات دعوى الشفعة فإنه يتعين اتخاذه أمام المحكمة المختصة قانوناً بنظر تلك الدعوى، يؤكد ذلك أن المادة ٩٤٣ من القانون المدني قد حددت المحكمة التي ترفع إليها دعوى الشفعة بأنها المحكمة الكائن في دائرتها العقار المشفوع فيه مستخدمة ذات العبارة التي حددت بها المادة ٣/٩٤٢ السابقة عليها المحكمة التي يجب إيداع الثمن الحقيقي بخزانتها إذ استخدام هذه العبارة في التقنين بمعنى اصطلاحي واحد يدل على وجوب إيداع الثمن الحقيقي للعقار المشفوع فيه خزانة المحكمة

المختصة قانوناً بنظر دعوى الشفعة وإلا سقط الحق فيها».

(طعن رقم ١٨٣٦ لسنة ٥٥ق جلسة ١٩٩٠/١١/٧)

١٠٤ ـ جزاء عدم إيداع الثمن خزانة المحكمة المختصة في الميعاد:

رأينا أن الفقرة الثانية من المادة (٩٤٢ مدني) بعد أن أوجبت على الشفيع إيداع خزانة المحكمة الكائن في دائرتها العقار كل الثمن الحقيقي الذي حصل به البيع في خلال ثلاثين يوماً على الأكثر من تاريخ هذا الإعلان مع مراعاة أن يكون هذا الإيداع قبل رفع الدعوى بالشفعة، أردفت «فإن لم يتم الإيداع في هذا الميعاد على الوجه المتقدم سقط حق الأخذ بالشفعة». . . .

وعلى ذلك تكون الفقرة المذكورة قد نصت صراحة على جزاء عدم إيداع الثمن خزانة المحكمة المختصة أو عدم إيداعه خزينة المحكمة المختصة خلال ثلاثين يوماً على الأكثر من تاريخ هذا الإعلان مع مراعاة أن يكون هذا الإيداع قبل رفع الدعوى بالشفعة سقوط الحق في الأخذ بالشفعة.

ويجوز لكل من المشتري والبائع أن يدفع بسقوط حق الأخذ بالشفعة في أية حالة كانت عليها الدعوى، بل للمحكمة أن تقضي بالسقوط من تلقاء نفسها لتعلق ذلك بالنظام العام وفي أية حالة كانت عليها الدعوى، حتى ولو نزل صاحب الحق صراحة عن التمسك

بالسقوط[١].

وقد قضت محكمة النقض بأن:

«أوجب القانون المدني في المادة ٩٤٢ فقرة ثانية للأخذ بالشفعة شرطين: الأول: أن يودع الشفيع في خلال ثلاثين يوماً على الأكثر من تاريخ إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة بخزانة المحكمة الكائن في دائرتها العقار كل الثمن الحقيقي الذي حصل به البيع، والثاني: أن يتم هذا الإيداع قبل رفع الدعوى بالشفعة، فتفويت أحد الشرطين موجب لسقوط الحق في الشفعة ويؤكد هذا المعنى العبارة الواردة في آخر المادة ونصها فإن لم يتم الإيداع في هذا الميعاد على الوجه المتقدم سقط حق الأخذ بالشفعة وعبارة (على الوجه المتقدم) إنما تشير إلى وجوب مراعاة أن يكون الإيداع قبل رفع الدعوى بالشفعة».

(طعن رقم ٣٢٨ لسنة ٢٠ق جلسة ١٩٥٣/١/٢٢)

(أنظر الأحكام المنشورة بالبند الثاني)

(١) السنهوري ص٨٨٢ – نبيل سعد ص٤٣٣ وما بعدها.

١٠٥ ـ تعلق إيداع الثمن خزانة المحكمة المختصة في الميعاد القانوني بالنظام العام:

إيداع الثمن خزانة المحكمة المختصة بنظر دعوى الشفعة في خلال الموعد القانوني هو إجراء من إجراءات الشفعة، وشرط لقبول الدعوى، ويتعلق بالتالي بالنظام العام ومن ثم يجب على المحكمة إذا لم يودع الثمن خزانة المحكمة المختصة بنظر الدعوى في الموعد المحدد أن تقضي من تلقاء نفسها بعدم قبول الدعوى.

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن:

١- «للمحكمة أن تقضي من تلقاء نفسها بسقوط حق الشفيع في الأخذ بالشفعة إذا لم يقيم بإيداع الثمن في الميعاد المحدد في المادة ٩٤٢ من القانون المدني».

(طعن رقم ١٤٠ لسنة ٢١ق جلسة ١٩٥٣/١٢/٣١)

٢- «أوجب الشارع في الفقرة الثانية من المادة ٩٤٢ من القانون المدني على الشفيع أن يودع - في خلال الميعاد الذي حدده- خزانة المحكمة الكائن في دائرتها العقار كل الثمن الحقيقي الذي حصل به البيع، ورتب على عدم إتمام الإيداع على هذا النحو سقوط حق الأخذ بالشفعة، وقد دل بذلك على أن يدفع كامل الثمن الحقيقي في الميعاد بالكيفية التي حددها - هو شرط أساسي لقبول دعوى الشفعة مما يخول المحكمة أن تقضي من تلقاء نفسها بسقوط

حق الشفيع في الأخذ بالشفعة إن هو أخل بما أوجبه عليه الشارع في خصوص إيداع الثمن، ويجيز لمحكمة النقض أن تثير ذلك في الطعن باعتباره مسألة تتعلق بالنظام العام متى كانت واردة على ما رفع عنه الطعن وكانت جميع العناصر التي تتيح الإلمام بها قد توافرت لدى محكمة الموضوع. ومن المقرر أن إيداع الثمن باعتباره إجراء من إجراءات دعوى الشفعة يتعين اتخاذه أمام المحكمة المختصة قانوناً بنظرها وإلا سقط الحق في الأخذ بالشفعة، وإذ كان المطعون ضده قد أودع الثمن خزانة المحكمة الجزئية دون المحكمة الابتدائية الواقع بدائرتها العقار المشفوع فيه والتي أحيلت إليها الدعوى بنظرها باتفاق الخصوم باعتبارها المحكمة المختصة بنظرها، وقد دفع الطاعنان أمامها بسقوط حق المطعون ضده في الأخذ بالشفعة لعدم إيداع الثمن خزينتها، فإن الحكم المطعون فيه إذ قضى بأحقيته في أخذ العقار بالشفعة مقابل الثمن المودع خزانة المحكمة الجزئية يكون قد خالف القانون وأخطأ في تأويله وتفسيره».

(طعن رقم ٤٨٨ لسنة ٤٥ق جلسة ١٩٧٨/٦/٢٨)

٣- «إذ أوجب المشرع في المادة ٩٤٢ من القانون المدني على الشفيع أن يودع في خلال ثلاثين يوماً من تاريخ إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة خزانة المحكمة الكائن في دائرتها العقار كل الثمن

الحقيقي الذي حصل به البيع ورتب على عدم إتمام الإيداع على هذا النحو سقوط حق الشفيع في الأخذ بالشفعة، فقد دل – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة- على أن إيداع كامل الثمن الحقيقي الذي حصل به البيع في الميعاد وبالكيفية التي حددها المشرع هو شرط لقبول دعوى الشفعة مما يخول محكمة الموضوع أن تقضي من تلقاء نفسها بعدم قبول الدعوى إن أخل به الشفيع، ويجيز لمحكمة النقض أن تثير ذلك من تلقاء نفسها باعتباره مسألة تتعلق بالنظام العام متى كانت واردة على ما رفع عنه الطعن وكانت جميع العناصر التي تتيح الإلمام بها قد توافرت لدى محكمة الموضوع».

(طعن رقم ١٣٢٨ لسنة ٤٨ق جلسة ١٩٨٣/٢/٢)

٤- «وحيث إن هذا النعي في أساسه سديد، ذلك أن المقرر – في قضاء هذه المحكمة- أن الثمن الذي توجب المادة ٩٤٢ من القانون المدني على الشفيع إيداعه حتى لا يسقط حقه في الأخذ بالشفعة هو الثمن الذي حصل الاتفاق عليه بين البائع والمشتري وانعقد به البيع باعتباره أنه الثمن الحقيقي الذي يتعين على الشفيع إيداعه كاملاً في الميعاد وبالكيفية التي حددتها هذه المادة وإلا كان لمحكمة الموضوع أن تقضي من تلقاء نفسها عند مخالفة ذلك بعدم قبول الدعوى ويجيز لمحكمة النقض أن تثيره من تلقاء ذاتها

باعتباره مسألة متعلقة بالنظام العام متى كانت واردة على ما رفع عنه الطعن وكانت جميع العناصر التي تتيح الإلمام بها قد تـوافرت لدى محكمة الموضوع، وكان من المقرر أنه إذا اشتمل عقد البيع على عقارات متعددة وكانت منفصلة بعضها عن البعض فإن الأصل أن للشفيع أن يأخذ بالشفعة ما توافرت له فيه أسبابها دون تلك التي لا يستطيع أن يشفع فيها لو أنها بيعت مستقلة وذلك ما لم تكن تلك العقارات مخصصة لعمل واحد أو لطريقة استغلال واحدة بحيث يكون استعمال الحق في الشفعة بالنسبة إلى جزء منها من شأنه أن يجعل الباقي غير صالح لما أعد له من انتفاع وأنه متى تحقق للشفيع أن يأخذ بالشفعة عند اشتمال عقد البيع على عقارات متعددة منفصلة ما توافرت له فيه أسبابها فإن الثمن الحقيقي الواجب عليه إيداعه هو ثمن الجزء الذي توافرت له فيه أسباب الأخذ بالشفعة دون باقي الأجزاء، وأنه وإن كان استخلاص الثمن الحقيقي من مسائل الواقع التي تستقل بها محكمة الموضوع دون رقابة من محكمة النقض إلا أن ذلك مشروط بأن يكون استخلاصاً سائغاً ومرتد إلى ما له أصل ثابت بالأوراق».

(طعن رقم ٩٠٦٠ لسنة ٦٦ق جلسة ١٩٩٨/٥/٩ - لم ينشر بعد)

١٠٦ـ لا يجوز للشفيع معاودة إجراءات الشفعة بعد القضاء بالسقوط:

إذا قضى بسقوط حق الشفيع في الأخذ بالشفعة، لعدم إيداع الثمن خزانة المحكمة المختصة أو عدم إيداعه في الميعاد القانوني، سقط حق الشفيع في الأخذ بالشفعة بصفة نهائية ولم يعد له الحق في معاودة إجراءات الشفعة من جديد بصدد العقد المشفوع فيه.

مادة (٩٤٣)

ترفع دعوى الشفعة على البائع والمشتري أمام المحكمة الكائن في دائرتها العقار وتقيد بالجدول. ويكون كل ذلك في ميعاد ثلاثين يوماً من تاريخ الإعلان المنصوص عليه في المادة السابقة وإلا سقط الحق فيها، ويحكم في الدعوى على وجه السرعة.

الشرح

دعوى الشفعة:

١٠٧ ـ الأشخاص الذين ترفع عليهم دعوى الشفعة:

استلزمت المادة رفع دعوى الشفعة على البائع والمشتري في الميعاد المحدد.

فالبائع خصم حقيقي في دعوى الشفعة لأن المادة (٩٤٣مدني) قد نصت صراحة على أن دعوى الشفعة ترفع على البائع وعلى المشتري وإلا سقط الحق فيها. ومع وجود هذا النص الصريح لا محل للاجتهاد والقول بأن البائع ليس خصماً حقيقياً في دعوى الشفعة لا يجب اختصامه. غير أن المحكمة لا يكون واجباً عليها تقصي ملكية البائع للعين المشفوع فيها طالما أنه المالك الظاهر لها.

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن:

«إن المادة ١٥ من قانون الشفعة إنما تتطلب رفع الدعوى على البائع الظاهر في العقد دون نظر إلى كونه مالكاً أو غير مالك،

بدليل ما نصت عليه المادة ١٣ من القانون المذكور من أن الشفيع يحل بالنسبة إلى البائع محل المشفوع منه في جميع ما كان له أو عليه من الحقوق، فإذا ظهر بعد الأخذ بالشفعة أن العقار المشفوع مستحق للغير فليس للشفيع أن يرجع إلا على البائع، وبدليل ما نصت عليه المادة ١٤ من وجوب إعلان الرغبة في الشفعة إلى البائع والمشتري وبناء على ذلك فإن تقصي الحكم ملكية الأرض المشفوع فيها لمعرفة بائعها أمر لا محل له في صدد تطبيق المادة ١٥ المذكورة».

(الطعن رقم ١٠٧ لسنة ١٤ق جلسة ١٩٤٥/٢/٢١)

ولأن الشفعة في نظر القانون هي عملية قانونية تدور بين أطراف ثلاثة كل منهم طرف حقيقي ضروري، إذ أن ما يترتب على الشفعة هو تحويل الحقوق والالتزامات ما بين البائع والمشتري إلى ما بين البائع والمشتري، فتزول صلة البائع بالمشتري فيما لكل منهما من حقوق على الآخر بموجب عقد البيع، لتكون الصلة في تلك الحقوق ما بين البائع والشفيع ولا يمكن قانوناً حصول هذا التحويل الواقع في حقوقهم هم الثلاثة بعضهم على بعض إلا قبل ثلاثتهم جميعاً، مما يستتبع حتماً أن تكون دعوى الشفعة دائرة بينهم هم الثلاثة كذلك[1].

---

(١) محمد على عرفه ص٥١١ وما بعدها – محمد كامل مرسي ص٤٧٥-

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن:

«إن المادة الخامسة عشرة من قانون الشفعة قد نصت على أن دعوى الشفعة ترفع على البائع وعلى المشتري وإلا سقط الحق فيها. ومع وجود هذا النص الصريح لا محل للاجتهاد والقول بأن البائع ليس خصماً حقيقياً في دعوى الشفعة وأنه لا يترتب على عدم إعلانه سقوط الحق فيها».

(طعن رقم ١٧ لسنة ١٣ق جلسة ١٩٤٣/١٠/٢١)

وفي حالة تعدد البائع أو المشتري أو تعددهما معاً، يجب رفع الدعوى على كل البائعين وكل المشترين دون إغفال أياً منهم [١] لأن الشفعة حق لا يقبل التجزئة، فيجب في حالة تعدد أطرافها أن يشتركوا جميعاً في الدعوى حتى تتم عملية التحويل في مواجهتهم جميعاً، مما يجعل الدعوى من أحدهم فقط أو ضده فقط غير جائزة القبول[٢].

وكان هذا هو الوضع في ظل قانون الشفعة الملغي (م ١٥)- أما في ظل التقنين المدني القديم فكانت دعوى الشفعة ترفع على المشتري فقط (استئناف مختلط ١١ مارس ١٨٩١ - ٢٧ أبريل ١٨٩٣)

(١) محمود جمال الدين زكي ص ٤٧١- عبد المنعم الصدة ص ٤٨٧.

(٢) حسن كيرة ص٦٢٨ - محمد على عرفه ص٦٢٨ - نبيل سعد ص٤٣٨.

وقد قضت محكمة النقض بأن:

١- «إن قضاء محكمة النقض قد استقر على أنه متى كان موضوع الدعوى طلب تمليك بطريق الشفعة فإنه يلزم لقبولها اختصام البائع والمشتري والشفيع في جميع مراحلها ولو تعددوا وكذلك يجب اختصام ورثة من يتوفى منهم وإذن فمتى كان الطعن مرفوعاً من أحد ورثة البائعة دون باقي الورثة الذين كانوا خصوماً في الاستئناف فإن هذا الطعن يكون غير مقبول شكلاً».

(طعن رقم ٤٤ لسنة ٢٠ق جلسة ١٩٥٢/٤/١٧)

٢- «لما كان موضوع الدعوى هو طلب تمليك بطريق الشفعة وكان لزاماً لقبولها قيام الخصومة فيها بين البائع والمشتري والشفيع في جميع مراحلها ولو تعددوا على ما جرى به قضاء محكمة النقض وكذلك يجب اختصام ورثة من يتوفى منهم. ولما كان الطاعن لم يعلن بتقرير الطعن من ورثة البائعة غير المطعون عليها الثانية دون بقية الورثة الذين كانوا خصوماً في الاستئناف فإن الطعن يكون غير مقبول شكلاً».

(طعن رقم ١٢٩ لسنة ٢٠ق جلسة ١٩٥٢/٦/٥)

وقاعدة وجوب رفع دعوى الشفعة على البائع والمشتري أمام المحكمة الكائن في دائرتها العقار.. وإلا سقط الحق فيها. تدل على أنه لابد لقبول دعوى الشفعة من اختصام الشفيع والبائع والمشتري

في أول درجة والاستئناف والنقض، سواء كان رافـع الـدعوى أو الطاعن في الحكم هو الشفيع أو البائع أو المشتري، فإذا تعـدد أي منهم وجب اختصامهم جميعاً كما يجب اختصام ورثة مـن يتـوفى منهم، فإذا رفعها أيهم في أي مرحلة من مراحلها تلك ولم يخاصـم الآخرين قضت المحكمة ولو من تلقاء نفسها بعدم قبولها، بما مؤداه أن اختصام البائع أو ورثته في الطعن بالنقض واجب قانوناً أياً كان موقفه من الخصومة في درجتي التقاضي ولو أخذ منها موقفاً سلبياً إذ لا حكم إلا في دعوى ولا تقبل الدعوى إذا لم يعلن فيهـا جميـع الخصوم الواجب اختصامهم[١].

وقد قضت محكمة النقض بأن:

١- «إذا تعلق إعلان تقرير الطعن بدعوى شفعة ممـا يوجـب القانون اختصام أشخاص معينين فيها وهم البائع والمشتري والشفيع في جميع مراحل الخصومة ومنها النقض، وكان إعلان البـائع قـد وقع باطلاً، فإن الطعن يكون غير مقبول بالنسبة لبـاقي المطعـون عليهم».

(طعن رقم ٢٦٠ لسنة ٢٢ق جلسة ١٩٥٦/٢/٩ بذات الجلسة طعن رقم ٤٤٥ لسنة ٢٢ق)

---

(١) محمد على عرفه ص٥١١.

٢- «يوجب القانون في دعوى الشفعة اختصام جميع البائعين والمشترين في كافة مراحل التقاضي بما فيها الطعن بالنقض وينبني على ذلك أن بطلان الطعن بالنسبة إلى بعضهم يترتب عليه عدم قبوله شكلاً بالنسبة لجميع الخصوم».

(طعن رقم ٢٩٨ لسنة ٢٦ق جلسة ١٩٦١/٤/٢٧)

٣- «دعوى الشفعة لا تكون مقبولة في جميع مراحلها إلا إذا كانت الخصومة فيها قائمة بين أطرافها الثلاثة الشفيع والبائع والمشتري فإذا رفع الطعن - في الحكم الصادر في دعوى الشفعة- من أي من هؤلاء دون أن يختصم فيه الطرفين الآخرين كان غير مقبول ولأي من الخصوم الحاضرين التمسك بعدم قبوله ومن ثم فإن بطلان الطعن بالنسبة للبائعين الذين لم يصح إعلانهم به يستتبع بطلانه بالنسبة لجميع المطعون ضدهم».

(طعن رقم ٤٩٩ لسنة ٣٤ق جلسة ١٩٦٨/١/٢٥)

٤- «دعوى الشفعة من الدعاوي التي يوجب القانون اختصام أشخاص معينين فيها وهم البائع والمشتري وإن تعددوا وإذا كانت الدعوى غير مقبولة بالنسبة لبعض المشترين فإنها تكون غير مقبولة بالنسبة للباقين».

(طعن رقم ٨٣٢ لسنة ٤٧ق جلسة ١٩٨١/٣/١٧)

٥- «لا تقبل دعوى الشفعة، وعلى ما جرى بــه قضــاء هــذه المحكمة، في جميع مراحل التقاضي بما فيها مرحلة الطعن بالنقض إلا باختصام البائع والمشتري والشفيع أو ورثة من يتوفى منهم».

(طعن رقم ٢٢٢٦ لسنة ٥٢ق جلسة ١٩٨٩/٢/٢١)

٦- «المقرر في قضاء هذه المحكمة أن الــنص فــي المــادة (٩٤٣) من القانون المدني على أن «ترفع دعوى الشفعة على البائع والمشتري أمام المحكمة الكائن في دائرتها العقار... وإلا سقط الحق فيها» يدل على أنه لابد لقبول دعوى الشفعة من اختصــام الشــفيع والبائع والمشتري في أول درجة أو في الاستئناف أو النقض وسواء كان رافع الدعوى أو الطاعن في الحكم هو الشــفيع أو البــائع أو المشتري، أما إذا رفعها أيهم في أية مرحلة من مراحلها تلك ولــم يخاصم الآخرين قضت المحكمة ولو من تلقاء نفسها بعدم قبولها».

(طعن رقم ١٣٣٠ لسنة ٥٨ق جلسة ١٩٩٠/١/١٤)

ولكن إذا رفع الشفيع الدعوى على بعض بــائعي العقــار فــي الميعاد القانوني وهو لا يعلم بوجود غيرهم، جاز له رفع الــدعوى على باقي البائعين الآخرين بمجرد علمه بهم ولو كــان ذلــك بعــد انقضاء الميعاد القانوني[١].

---

(١) السنهوري ص٨٨٩.

١٠٨ ـ كيفية إعمال الجزاء على عدم اختصام جميع أطراف دعوى الشفعة:

إذا لم يتم اختصام جميع من يجب اختصامهم في دعوى الشفعة أمام محكمة أول درجة قضت المحكمة بعدم قبول الدعوى.

وكذلك إذا لم يختصم هؤلاء في الطعن بالنقض على الحكم الصادر من محكمة الاستئناف.

أما إذا كانت الخصومة أمام محكمة الاستئناف فإنه يجب على المحكمة إعمال نص الفقرة الثانية من المادة (٢١٨) من قانون المرافعات. (أنظر شرح هذا النص في بند ١١٢).

١٠٩ ـ عدم قبول الدعوى لعدم اختصام الشفيع والبائع والمشتري من النظام العام:

يتعلق عدم اختصام الشفيع والبائع والمشتري جميعاً في دعوى الشفعة بالنظام العام. ولذلك إذا لم يتم اختصامهم كان على المحكمة – بالتفصيل السابق[1] – القضاء بعدم قبول الدعوى من تلقاء نفسها.

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن:

«النص في المادة ٩٤٣ من القانون المدني على أن «ترفع دعوى الشفعة على البائع والمشتري أمام المحكمة الكائن في دائرتها

---

(١) مع مراعاة إعمال نص الفقرة الثانية من المادة (٢١٨ مرافعات).

العقار... وإلا سقط الحق فيها...» يدل على أنه لابد لقبول دعوى الشفعة من اختصام الشفيع والبائع والمشتري وإن تعددوا في أول درجة أو في الاستئناف أو النقض وسواء كان رافع الدعوى أو الطاعن في الحكم هو الشفيع أو البائع أو المشتري، أما إذا رفعها أيهم في أية مرحلة من مراحلها تلك ولم يخاصم الآخرين قضت المحكمة ولو من تلقاء نفسها بعدم قبولها وإذ قضى الحكم الابتدائي بعدم قبول دعوى الشفعة فاستأنفه المطعون ضدهم السبعة الأول ولم يختصموا في الاستئناف إحدى المحكوم لهم، ولم تأمر المحكمة باختصامها في الاستئناف حتى صدور الحكم المطعون فيه فإن الحكم المطعون فيه إذ قضى بقبول الاستئناف شكلاً دون اختصام أحد المحكوم لهم يكون قد خالف قاعدة قانونية إجرائية متعلقة بالنظام العام كانت عناصرها الموضوعية مطروحة على محكمة الموضوع وهو ما تقضي به المحكمة من تلقاء نفسها عملاً بالحق المخول لها في المادة ٢٥٣ من قانون المرافعات بما يبطل الحكم المطعون فيه».

(طعن رقم ١٣٠٥ لسنة ٦٠ق جلسة ١٩٩٣/٥/١٣)

١١٠ـ اختصام آخرين لا يؤثر في دعوى الشفعة:

إذا استقامت دعوى الشفعة باختصام كل من البائع والمشتري في الميعاد بإجراءات سليمة، وضمت الدعوى غيرهما ممن لا

يعتبر خصماً حقيقياً فيها، فإن بطلان اختصام هذا الآخر لأي سبب من الأسباب لا يؤثر في صحة الدعوى أو الطعن [1].

وفي هذا قضت محكمة النقض:

١- «متى تبين أن أحد المطعون عليهم قد اختصم بادئ الأمر في دعوى الشفعة أمام محكمة الموضوع على أساس أنه من بين البائعين ولما تبين أنه لم يوقع على عقد البيع وأنكر هو من ناحيته صدور البيع منه قصر الشفيع الدعوى على طلب أخذ القدر الذي باعه من وقع على عقد البيع بالشفعة كما اقتصرت منازعة المطعون عليه المذكور أمام محكمة الموضوع على تحديد القدر الوارد بعقد البيع فأخذت تلك المحكمة بوجهة نظره فإن بطلان الطعن بالنسبة له لا يمتد أثره إلى الطعن بالنسبة لباقي المطعون عليهم».

(طعن رقم ١٦٩ لسنة ٢٣ق جلسة ١٩٥٧/٢/٧)

٢- «متى كان الحكم المطعون فيه قد انتهى إلى أن اختصام المطعون ضدها الأخيرة في دعوى الشفعة لم يكن لازماً لأنها ليست بائعة للعقار المشفوع فيه وأن طالبي الشفعة قد لجئا إلى اختصامها

---

(١) المستشار/ عزت حنوره ص٢٧٩.

على سبيل الاحتياط فإن بطلان إعلانها بصحيفة الدعوى لا يؤثر في صحة إجراءات الشفعة ومن ثم يكون الدفع بهذا البطلان غير جوهري لانعدام أساسه القانوني وبالتالي فلا يبطل الحكم إغفاله الرد عليه».

(طعن رقم ٤٣٠ لسنة ٣٤ق جلسة ١٩٦٨/٥/٣٠)

١١١ ـ هل يجب اختصام المشتري الثاني بعقد صوري في دعوى الشفعة؟

ذهبت محكمة النقض إبان فترة طويلة من الزمن إلى أنه إذا كان العقار المشفوع فيه قد بيع إلى مشتر ثان قبل تسجيل إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة، وادعى الشفيع بأن عقد البيع الصادر له هو عقد صوري صورية مطلقة، قصد به إسقاط حقه في الشفعة، فإن ذلك لا يعفى الشفيع من وجوب اختصامه في دعوى الشفعة، لأن دعوى الشفعة لا تكون مقبولة إلا إذا دارت الخصومة فيها بين جميع أطرافها مهما تعددوا، الأمر الذي يوجب توجيه الدعوى إلى المشتري الثاني ولو ادعى الشفيع بصورية عقده إذ هو صاحب الشأن الأول في نفي الصورية وإثبات جدية عقد شرائه، وقد رتبت المحكمة على عدم اختصام المشتري الثاني عدم قبول

الدعوى[١].

---

(١) فقد قضت بأن:

١- «طعن الشفيع الذي يرغب في استعمال حقه في أخذ كل العقار المبيع بالشفعة بصورية عقد أحد المشترين، هذا الطعن يستوجب أن توجه إلى المشتري سالف الذكر الدعوى به حتى يصح الاحتجاج قبله بالحكم الصادر فيها. وإذن فمتى كان الشفيع قد أغفل توجيه دعواه إلى هذا المشتري وكان المشتري الآخر المشفوع منه، قد دفع بعدم قبول الطعن بالصورية وكان الحكم إذ قضى بالشفعة لم يرد على هذا الدفع ولم يقم له وزنا وأقام قضاءه على أن إدخال المشتري – الذي لم يختصم في الدعوى – في عقد الشراء المسجل لم يقصد به إلا الاحتيال لمنع الأخذ بالشفعة، كان هذا الحكم باطلاً إذ كان يتعين على المحكمة لكي يستقيم قضاؤها وقف الفصل في الدعوى حتى يستصدر الشفيع حكماً نهائياً في مواجهة جميع أطراف الدعوى ومن بينهم المشتري الذي لم يختصم فيها بصورية عقد هذا الأخير».

(طعن رقم ٧ لسنة ١٩ق جلسة ١٩٥١/١/١٨)

٢- «الشفيع الذي يريد الأخذ بالشفعة في حالة توالي البيوع – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة يجب أن يستعمل حقه وفقاً للمادة ٩٣٨ من القانون قبل المشتري الثاني وبالشروط التي اشترى بها متى ثبت أن البيع لذلك الأخير قد تم قبل تسجيل إعلان الرغبة في الشفعة. ولما كان الثابت من

الحكم المطعون فيه أن المطعون عليهما الأول والثاني بوصفهما مشتريين للعقار المشفوع فيه أخطر الطاعنين ببيع ذلك العقار، وتم هذا الإخطار بإنذار أعلن للطاعنين في ١٩٧٢/٤/٥ أي قبل تسجيل إبداء الرغبة في الأخذ بالشفعة الحاصل في ١٩٧٢/٤/١١ فقد وجب اختصام هذا المشتري الأخير في الدعوى، ولا يغير من هذا النظر ما دفع به الطاعنان من أن عقد الشراء التالي عقد صوري صورية مطلقة، ذلك أن دعوى الشفعة لا تكون مقبولة إلا إذا دارت الخصومة فيها بين جميع أطرافها مهما تعددوا، الأمر الذي يستلزم أن توجه الدعوى إلى المشتري الثاني ولو ادعى بصورية عقده إذ هو صاحب الشأن الأول في نفي هذه الصورية وإثبات جدية عقد شرائه».

(طعن رقم ٨١٥ لسنة ٤٤ق جلسة ١٩٧٨/٢/٢٨)

٣- «إذا بيع العقار من نفس البائع أكثر من مرة كان للشفيع أن يشفع في أي من هذه البيوع طالما كانت ملكية هذا العقار ما زالت للبائع، فإذا انتقلت الملكية إلى مشتر آخر غير المشفوع منه بتسجيله عقده قبل تسجيل إعلان الرغبة في الشفعة فإن طلب الشفعة يكون غير مقبول لأن الشفعة سبب لكسب الملكية وهي في هذه الحالة لا تؤدي إلى انتقال الملكية إلى الشفيع، فإن هو ادعى صورية هذا العقد المسجل لا يلتفت إلى ادعائه ما لم يختصم جميع المشترين فيه وإلا بقيت دعواه غير مقبولة. لما كان ذلك، وكان مفاد دفاع المطعون ضده الأول – الشفيع– أنه يشفع في البيع الصادر من المطعون

إلا أن محكمة النقض عدلت في أحكام عديدة عن قضائها السابق، وذهبت إلى أن اختصام المشتري الثاني بعقد صوري في دعوى الشفعة بطلب أخذ الشفعة منه غير لازم، وإنما يجب إدخاله في الدعوى ليثبت الشفيع صورية العقد الصادر له في مواجهته وهنا لا يتقيد الشفيع في إدخاله بالميعاد المحدد لرفع دعوى الشفعة، كما أنه يغني عن إدخال الشفيع للمشتري الثاني تدخله هو في الدعوى.

إذ قضت محكمة النقض بأن:

١- «مفاد نص المادة ٩٣٨ من القانون المدني أنه إذا صدر من مشتري العقار المشفوع فيه بيع لمشتر آخر قبل أن تعلن أية رغبة في الأخذ بالشفعة أو قبل أن يتم تسجيل هذه الرغبة فإنه يسري في حق الشفيع، ولا يجوز الأخذ بالشفعة إلا من المشتري الثاني وبالشروط التي اشترى بها، إلا أن ذلك مشروط بألا يكون البيع

ضده الثاني إلى الطاعنين وحدهما ويدفع بصورية البيع المسجل الصادر من نفس البائع عن ذات العقار إلى الطاعنين و... وكان المطعون ضده الأول لم يسجل إعلان الرغبة في الشفعة ولم يختصم في دعواه هذه المشترية مع الطاعنين بالعقد المدعي صوريته فإن الدعوى تكون غير مقبولة».

(طعن رقم ١٢٠٢ لسنة ٤٩ق جلسة ١٩٨٢/١٢/٣٠)

الثاني صورياً، فإذا ادعى الشفيع صوريته وأفلح في إثبات ذلك اعتبر البيع الصادر من المالك للمشتري الأول قائماً وهو الذي يعتد به في الشفعة دون البيع الثاني الذي لا وجود له بما يغني الشفيع من توجيه طلب الشفعة إلى المشتري الثاني، على أنه يجب أن يتم إثبات الصورية في مواجهة المشتري الثاني لأنه هو صاحب الشأن الأول في نفي الصورية وإثبات جدية عقده ليكون الحكم الذي يصدر بشأن عقده حجة له أو عليه. إذ كان ذلك، وكان الحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه على أن عدم توجيه إجراءات طلب الشفعة في الميعاد للمشتري الثاني يترتب عليه عدم قبول الدعوى ولو كان البيع الصادر إليه صورياً وحجب الحكم بذلك نفسه عن الفصل في صورية العقد الصادر إلى المطعون عليه الأخير والتي لو ثبتت ما كان ثمة ما يدعو الشفيع إلى توجيه طلب الشفعة إليه، فإن الحكم المطعون فيه يكون قد أخطأ في تطبيق القانون».

(طعن رقم ١٥٩ لسنة ٤٥ق جلسة ١٩٧٩/١١/٢٧)

٢- «على الشفيع الذي يريد الأخذ بالشفعة، في حالة توالي البيوع، أن يستعمل حقه وفقاً لنص المادة ٩٣٨ من القانون المدني ضد المشتري الأخير وبالشروط التي اشترى بها متى ثبت أن البيع لذلك الأخير قد تم قبل تسجيل إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة. إلا أن ذلك مشروط بألا يكون البيع التالي للبيع الصادر من المالك

للمشتري الأول صورياً. فإذا ادعى الشفيع صورية العقد التالي للبيع الأول وأفلح في إثبات ذلك اعتبر البيع الصادر من المالك للمشتري الأول قائماً، وهو الذي يعتد به في الشفعة دون البيوع المتتالية التي لا وجود لها، بما يغني الشفيع عن توجيه طلب الشفعة إلى المشتري الأخير. على أنه يجب أن يتم إثبات الصورية في مواجهة هذا المشتري الأخير لأن هو صاحب الشأن الأول في نفي صورية عقد سلفه وإثبات حقه ليكون الحكم الذي يصدر بشأن هذا العقد حجة له أو عليه، ولما كانت دعوى الشفعة من الدعاوي التي يوجب القانون اختصام أشخاص معينين فيها وهم البائع والمشتري وإن تعددوا، ولأن الثابت من الحكم المطعون فيه أن الطاعنة لم تختصم أحد المشترين الأخيرين – رغم أن تاريخ عقده سابق على تاريخ تسجيل الطاعنة إعلان رغبتها في الأخذ بالشفعة– وهو صاحب شأن في صورية العقد الصادر من سلف البائعتين له حتى يعتد بالتالي بعقده هو، شأنه في ذلك شأن باقي المشترين من هاتين البائعتين، وكان لمحكمة الموضوع أن ترفض ولو ضمناً طلب التحقيق الذي يطلب منها كلما رأت أنها ليست في حاجة إليه بما لها من سلطة تامة في بحث الدلائل والمستندات المقدمة لها تقديماً صحيحاً وترجيح ما تطمئن إليه منها واستخلاص ما تراه من واقع الدعوى، وكان الحكم المطعون فيه قد انتهى إلى نتيجة صحيحة بعدم قبول دعوى الشفعة

لعدم اختصام أحد المشترين الأخيرين، فلا على محكمة الموضوع أن لا تحيل الدعوى إلى التحقيق لإثبات الصورية طالما أن الدعوى غير مهيأة للحكم في موضوعها، لما كان ذلك فإن النعي على الحكم المطعون فيه بما جاء بهذين السببين يكون على غير أساس».

(طعن رقم ١٦٥٠ لسنة ٤٩ق جلسة ١٩٨١/٢/٢٦).

٣- «إذ كان اختصام المطعون ضده الثالث أمام محكمة الموضوع لم يكن بطلب الأخذ بالشفعة في العقد الثاني وإنما للحكم بصورية هذا العقد، والمقرر في قضاء هذه المحكمة أن مفاد نص المادة ٩٣٨ من القانون المدني أنه إذا صدر من مشتري العقار المشفوع فيه بيع لمشتر آخر قبل أن تعلن أية رغبة في الأخذ بالشفعة أو قبل أن يتم تسجيل هذه الرغبة فإنه يسري في حق الشفيع ولا يجوز الأخذ بالشفعة إلا من المشتري الثاني وبالشروط التي اشترى بها إلا أن ذلك مشروط بألا يكون البيع الثاني صورياً فإذا ادعى الشفيع صوريته وأفلح في إثبات ذلك اعتبر البيع الصادر من المالك للمشتري الأول قائماً وهو الذي يعتد به في الشفعة دون البيع الثاني الذي لا وجود له مما يغني الشفيع عن توجيه طلب الشفعة إلى المشتري الثاني على أنه يجب أن يتم إثبات الصورية في مواجهة المشتري الثاني لأنه هو صاحب الشأن الأول في نفي الصورية وإثبات جدية عقده ليكون الحكم الذي يصدر بشأن عقده

حجة له أو عليه وإذ كان الحكم الابتدائي المؤيد بالحكم المطعون فيه قد انتهى في قضائه إلى صورية عقد البيع الثاني، إذ كان ذلك فإن هذا العقد يكون والعدم سواء بالنسبة للشفيع فلا عليه إذ لم يوجه إجراءات دعوى الشفعة أصلاً في خصوصة وبالتالي لا يكون ثمة محل للاحتجاج عليه بمواعيد رفعها».

(طعن رقم ٣٧٦ لسنة ٥٠ق جلسة ١٩٨٣/١١/٢٤)

٤- «لئن كان مفاد نص المادة ٩٣٨ من القانون المدني أنه إذا صدر من مشتري العقار المشفوع فيه بيع لمشتري ثاني قبل أن تعلن أية رغبة في الأخذ بالشفعة أو قبل أن يتم تسجيل هذه الرغبة فإنه يسري في حق الشفيع، ولا يجوز الأخذ بالشفعة إلا من المشتري الثاني، وبالشروط التي اشترى بها، إلا أن ذلك مشروط بألا يكون البيع الثاني صورياً، فإذا ادعى الشفيع صوريته وأفلح في إثبات ذلك اعتبر البيع الثاني غير موجود، وكأن لم يكن ويبقى البيع الأول قائماً وهو الذي يعتد به في الشفعة، وهو ما يغني الشفيع أصلا عن توجيه طلب الشفعة إلى المشتري الثاني، وإن كان يتعين مع ذلك إدخاله في الدعوى لوجوب إثبات الصورية في مواجهته باعتبار أنه صاحب الشأن الأول في نفي الصورية وإثبات جدية عقده حتى يكون للحكم الصادر فيها حجية قبله».

(طعن رقم ٨٦٤ لسنة ٥١ق جلسة ١٩٨٥/٢/١٢)

٥- «لما كان مناط التزام الشفيع بتوجيه طلب الشفعة إلى المشتري الثاني وبالشروط التي اشترى بها- حتى يجوز له الأخذ بالشفعة وفقاً لنص المادة ٩٣٨ من القانون المدني- ألا يكون البيع الثاني صورياً. فإذا ادعى الشفيع في مواجهة المشتري الثاني صورية عقد هذا المشتري، وأفلح في أثبات هذه الصورية، اعتبر البيع الثاني غير موجود قانوناً، وكان البيع الأول هو وحده الذي يعتد به في الشفعة، ولا يقبل من المشتري الثاني الطعن على إجراءات الشفعة في هذا البيع لانعدام مصلحته القانونية في الطعن عليها. لما كان ذلك، وكان الحكم المطعون فيه - وعلى ما سلف إلا على السبب السابق- قد انتهى إلى صورية البيع الثاني صورية مكلفة بما يعتبر معه هذا البيع غير موجود قانوناً فلا يقبل من الطاعن- وهو المشتري بهذا البيع الصوري- أن يتمسك بما أثاره بهذا السبب من أسباب الطعن».

(طعن رقم ٧٧٨ لسنة ٥٧ق جلسة ١٩٨٩/١٢/٥)

١١٢ ـ تطبيق حكم الفقرة الثانية من المادة (٢١٨) من قانون المرافعات:

تنص الفقرة الثانية من المادة (٢١٨) من قانون المرافعات على: «على أنه إذا كان الحكم صادراً من موضوع غير قابل للتجزئة أو في التزام بالتضامن أو في دعوى يوجب القانون فيها اختصام

أشخاص معينين جاز لمن فوت ميعاد الطعن من المحكوم عليهم أو قبل الحكم أن يطعن فيه أثناء نظر الطعن المرفوع في الميعاد من أحد زملائه منضماً إليه في طلباته فإن لم يفعل أمرت المحكمة الطاعن باختصامه في الطعن. وإذا رفع الطعن على أحد المحكوم لهم في الميعاد وجب اختصام الباقين ولو بعد فواته بالنسبة إليهم».

ولما كانت دعوى الشفعة من الدعاوي التي يوجب القانون – على نحو ما رأينا سلفاً – اختصام أشخاص معينين فيها، فإن حكم هذه الفقرة يسري على دعاوي الشفعة.

وهذه الفقرة تعرض لحكمين هما:

الحكم الأول:

خاص بالطعن المرفوع في الميعاد من أحد المحكوم عليهم أو بعضهم دون الباقين. فقد أجاز النص لمن فوت ميعاد الطعن أو قبل الحكم منهم أن يطعن فيه أثناء نظر الطعن المرفوع في الميعاد من أحد زملائه منضماً إليه في طلباته. فإذا لم يفعل ذلك وجب على المحكمة أن تأمر الطاعن باختصامه أو اختصامهم في الطعن فإن تقاعس عن ذلك قضت المحكمة بعدم قبول الطعن.

وهذا الحكم يسري على جميع طرق الطعن العادية وغير العادية، فإذا كان الحكم المطعون فيه صادراً لصالح الشفيع ضد البائع والمشتري وطعن أحدهما في الحكم دون الآخر الذي فوت

على نفسه الميعاد أو كان قد رضي بالحكم فإنه يجوز لهذا الأخير الطعن في الحكم أثناء نظر الطعن الذي أقامه الآخر في الميعاد وإن لم يفعل ذلك أمرت المحكمة الطاعن باختصامه فإن امتثل لذلك الأمر استقامت الخصومة وإن تقاعس عن ذلك حكمت المحكمة بعدم قبول الطعن وينطبق نفس الحكم في حالة التعدد، أي عند تعدد البائعين أو المشترين.

الحكم الثاني:

خاص برفع الطعن على أحد المحكوم لهم أو بعضهم في الميعاد دون الباقين. فقد أوجب النص اختصام الباقين ولو بعد فوات الميعاد بالنسبة لهم.

هذا الحكم تم تخصيصه بمقتضى المادة (٣/٢٥٣ مرافعات) بالنسبة للطعن بالنقض حيث تجري على أن: «تشمل الصحيفة علاوة على البيانات المتعلقة بأسماء الخصوم وصفاتهم وموطن كل منهم... فإذا لم يحصل الطعن على هذا الوجه كان باطلاً وتحكم المحكمة من تلقاء نفسها ببطلانه». وتطبيقاً لذلك إذا كان الحكم الصادر في الاستئناف ضد الشفيع وقرر بالطعن فيه بالنقض فإنه طبقاً لهذا النص يجب أن يذكر أسماء جميع خصومه المحكوم لهم وصفاتهم وموطن كل منهم في صلب صحيفة الطعن ذاته وإلا كان باطلاً. ومن مقتضى ذلك أنه لا يجدي الشفيع نفعاً الاستناد إلى

الحكم الوارد في نهاية الفقرة الثانية من المـادة (٢١٨ مرافعـات) ليستدرك ما فاته من عدم ذكر اسم أحد الخصوم المحكوم لهم فـي صلب صحيفة الطعن ذاته باختصامه حتى ولو في الميعاد.

ويلاحظ أن حكم نص الفقرة الثانية من المادة (٢١٨ مرافعات) قاصر فقط على حالات عدم شمول خصومة الطعن ابتداء لمن كان يجب أن يكون من بين أطرافها ومن ثم لا محل لإعمال حكمه لمن شملتهم خصومة الطعن فعلاً منذ البداية، حتى لو شـاب الـبطلان اختصامه. فمن كان داخلاً في الخصومة أصلا وبطل اختصـامه لا يعتبر في حكم من لم يختصم مطلقاً، ولا تقاس حالته عليه. وبالتالي لا يجوز فتح الباب لاختصامه من جديد، لأن في ذلك تحميل للنص فوق ما يحتمل، وإهدار لجزاء البطلان. ولذا فإن بطلان اختصـام من يوجب القانون اختصامه في الطعن يؤدي إلى عدم قبول الطعن برمته [1].

---

(١) نبيل سعد ص ٤٤٠ وما بعدها – المستشار عزت حنوره ص٢٧٧ وما بعدها.

١١٣ ـ مراقبة ما يطرأ على أطراف العقد من تغيير في الصفة:

لما كان عقد البيع العرفي يتولد عنه بمجرد تمامه حق الشفعة لكل من قام به سبب من أسباب الشفعة فإنه يكون من واجب الشفيع في هذه الحالة أن يراقب ما يطرأ على أطراف العقد من تغيير في الصفة والحالة ليوجه إليهم إجراءات الشفعة بالوضع الصحيح الذي أصبحوا عليه وقت اتخاذها [١].

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن:

١- «المقرر في قضاء محكمة النقض أن عقد البيع الابتدائي يتولد عنه بمجرد تمامه حق الشفعة لكل من قام به سبب من أسباب الشفعة ومن واجب الشفيع في هذه الحالة أن يراقب ما يطرأ على أطراف العقد من تغير في الصفة والحالة ليوجه إليهم إجراءات الشفعة بالوضع الصحيح الذي أصبحوا عليه وقت اتخاذها، كما أنه إذا كان الشفيع لم يختصم في الميعاد البائعين بأشخاصهم مع سبق اختصام والدهم باعتباره ولياً طبيعياً عليهم بالرغم من بلوغ سن الرشد فإن حقه في الأخذ بالشفعة يكون قد سقط».

(طعن رقم ٢٣٦٨ لسنة ٥٢ق جلسة ١٩٨٣/٦/٣٠)

---

(١) نبيل إبراهيم سعد ص٤٣٨- المستشار عزت حنوره ص ٢٧٩.

٢- «دعوى الشفعة - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - لا تكون مقبولة في جميع مراحلها إلا إذا كانت الخصومة فيها قائمة بين أطرافها الشفيع والمشتري والبائع سواء أمام محكمة أول درجة أو في الاستئناف أو في النقض، فإذا رفعت في أي مرحلة دون اختصام باقي أطرافها قضت المحكمة ولو من تلقاء نفسها بعدم قبولها، وعلى الشفيع أن يراقب ما يطرأ على أطراف عقد البيع من تغيير في الصفة أو الحالة ليوجه إليهم إجراءات الشفعة بالوضع الصحيح الذين أصبحوا عليه وقت اتخاذها».

(طعن رقم ٣٤٤ لسنة ٥٠ق جلسة ١٩٨٤/٢/٨)

أما إذا أقيمت الدعوى - أو الطعن- في الميعاد باختصام صحيح، ثم طرأ بعد ذلك تغيير في حالة أو صفة أحد الخصوم، فإن ذلك لا يتعدى انقطاع سير الخصومة عملاً بالمادة (١/١٣٠) من قانون المرافعات. ويجوز للمدعي أو الطاعن أو المدعي عليهم أو المطعون ضدهم أن يطلبوا أجلاً لإعلان من يقوم مقام الخصم الذي تحقق في شأنه سبب الانقطاع. (م ٢/١٣٠ مرافعات).

وقد قضت محكمة النقض بأن:

«إذا كانت المطعون ضدها الأولى قد أقامت الدعوى على الطاعن العاشر عن نفسه وبصفته وصياً على الطاعن السابع وأنه رغم بلوغ الأخير سن الرشد أثناء سير الخصومة أمام محكمة أول

درجة- على ما هو ثابت من شهادة ميلاده التي تدل علـــى بلوغــه سن الرشد في ١٩٧٩/٣/١٢ - وقبل صدور الحكم الابتــدائي فـــي ١٩٨١/٤/٣٠ فإن الطاعن العاشر لم ينبه المحكمة إلى ما طرأ على حالة المذكور من تغيير وظل يحضر عنه رغم بلوغه سن الرشــد مما يعد حضوره عنه أمام محكمة أول درجة منتجاً لآثاره القانونية بعد أن أصبح تمثيله له قائماً على أساس من النيابة الاتفاقية بعد أن كانت نيابته عنه نيابة قانونية، لما كان ذلك وكان الطاعن العاشر قد التزم موقف التجهيل بالحالة التي طرأت على الطاعن السابع إلى ما بعد صدور الحكم الابتدائي عندما وجهت المطعون ضدها الأولــى الاستئناف إليه بالصفة التي أقيمت بها الدعوى ابتداء والتي تحــدد بموجب الحكم الصادر فيها أطراف الخصومة في الاستئناف فــإن اختصام الطاعن السابع في الاستئناف ممثلاً بواسطة الطاعن العاشر يعد اختصاماً صحيحاً منتجاً لآثاره القانونية إذ ليس للخصم أن يفيد من خطئه ولا أن ينقض ما تم على يديه».

(طعن رقم ٢٥٨٨ لسنة ٥٦ق جلسة ١٩٩١/٥/٢٣)

١١٤ـ ميعاد رفع دعوى الشفعة:

تنص المادة (٩٤٣) على أن: «ترفع دعوى الشفعة على البــائع والمشتري أمام..... ويكون كل ذلك في ميعاد ثلاثــين يومــاً مــن تاريخ الإعلان المنصوص عليه في المادة السابقة..... إلخ».

فيجب أن ترفع دعوى الشفعة خلال ثلاثين يوماً من تاريخ إعلان الرغبة بالأخذ في الشفعة الذي يوجه من الشفيع إلى المشتري والبائع.

فإذا أعلن كل من المشتري والبائع بالرغبة في تاريخ غير الذي أعلن فيه الآخر، فإن الميعاد يبدأ من تاريخ إعلان الأخير لهما.

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن:

١- "إن المادة الخامسة عشرة من قانون الشفعة توجب رفع الدعوى على البائع والمشتري في ميعاد ثلاثين يوماً من تاريخ الإعلان المنصوص عليه في المادة الرابعة عشرة، وهذه المادة تنص على وجوب توجيه الإعلان إلى البائع والمشتري. ومن ثم يجب إعلان كليهما بالدعوى في خلال ثلاثين يوماً تبدأ من تمام إعلانهما برغبة الشفيع في الأخذ بالشفعة، فإن أعلن أحدهما بالرغبة بعد الآخر فالعبرة في بدء الميعاد بالإعلان الأخير. فإذا كان الثابت أن الشفيع أعلن المشتري برغبته في الأخذ بالشفعة في ٢٠ من يناير والبائع في ٢٥ منه، ثم أعلن أولهما بالدعوى في ٢٠ من فبراير والثاني في ٢٢ منه، فإن الدعوى تم رفعها في ٢٢ من فبراير تكون قد رفعت في الميعاد، إذ ميعادها يبدأ من يوم ٢٥ من يناير».

(طعن رقم ٧٧ لسنة ١٦ق جلسة ١٩٤٧/١١/٢٧)

٢- «إن ميعاد الثلاثين يوماً المقرر في المادة ١٥ من قانون الشفعة لرفع دعوى الشفعة على البائع والمشتري إنما يبدأ سريانه من إتمام إعلانهما كليهما بالرغبة في الأخذ بالشفعة في ميعاده المقرر بالمادة ١٩ فإن أعلن أحدهما قبل الآخر فالعبرة بالإعلان الأخير».

(طعن رقم ١٢٦ لسنة ١٦ق جلسة ١٩٤٨/١/٨)

٣- «مفاد نص المادتين ٩٤٢، ٩٤٣ من القانون المدني أنه يتعين رفع دعوى الشفعة على البائع والمشتري أمام المحكمة الكائن في دائرتها العقار وقيدها بالجدول وذلك في ميعاد ثلاثين يوماً من تاريخ إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة وميعاد الثلاثين يوماً المقرر لرفع دعوى الشفعة على البائع والمشتري يبدأ سريانه من تمام إعلانهما كليهما بالرغبة في الأخذ بالشفعة فإن أعلن أحدهما قبل الآخر فالعبرة بالإعلان الأخير لما كان ما تقدم وكانت المطعون عليها الأولى الشفيع قد أعلنت المطعون عليه الثاني البائع بتاريخ ١٩٧٠/٦/١٣ برغبتها في أخذ العقار المبيع بالشفعة بعد إعلانها الطاعن – المشتري- بذلك في ١٩٧٠/٦/٦ فإن ميعاد الثلاثين يوماً المقرر لرفع دعوى الشفعة يبدأ بالإعلان الذي تم بتاريخ ١٩٧٠/٦/١٣ وتكون الدعوى إذا رفعت بصحيفة أودعت قلم الكتاب وقيدت بتاريخ ١٩٧٠/٧/١٢ قد رفعت في الميعاد وإذ التزم

الحكم المطعون فيه هذا النظر فإنه يكـون قـد أصـاب صـحيح القانون».

(طعن رقم ٨ لسنة ٤٣ق جلسة ١٩٧٦/٥/٢٥)

والحكمة من اشتراط رفع الدعوى خلال مدة معينة، العمل على إنهاء حالة عدم الاستقرار في المعـاملات، وخصوصـاً بالنسـبة للمشتري، في أقل مدة، وحتـى لا يكـون رفـع الـدعوى محـلاً لمساومات بين الشفيع والمشتري[1].

١١٥ـ تصـحيح دعـوى الشـفعة باختصـام مـن لم يسـبق اختصامه في الميعاد:

إذا أغفل الشفيع اختصام أيا ممن يجب اختصامهم في دعـوى الشفعة، جاز له إدخاله في الدعوى وتوجيه الطلبات إليه، بشرط أن يتم الإدخال في الميعاد المحدد لرفع دعوى الشفعة. وبهذا الإدخـال تستقيم دعوى الشفعة. كما تستقيم دعوى الشفعة بتدخل الخصم نفسه في الدعوى خلال الميعاد.

---

(١) حسام الأهواني ص٢٠٣.

وقد قضت محكمة النقض بأن:

«تنص المادة ١١٥ من قانون المرافعات على أنه «إذا رأت المحكمة أن الدفع بعدم قبول الدعوى لانتفاء صفة المدعي عليه قائم على أساس، أجلت الدعوى لإعلان ذي الصفة... وكان تصحيح الدعوى بإدخال صاحب الصفة فيها يجب ألا يخل بالميعاد المحدد لرفعها، فإن التصحيح لا ينتج أثره إلا إذا تم خلال الميعاد وإذ التزم الحكم المطعون فيه هذا النظر وأقام قضاءه بسقوط الحق في الشفعة على أن الطاعن لم يختصم فيها سوى إحدى المشتريات (المطعون عليها الثالثة) ولم يختصم باقي المشتريات بأشخاصهم إلا بعد الميعاد، مع سبق اختصام والدهن باعتباره ولياً عليهن في الميعاد رغم بلوغهن سن الرشد، فإن النعي على الحكم يكون على غير أساس».

(طعن رقم ٣٥٢ لسنة ٤٦ق جلسة ١٩٨٠/٢/١٢)

١١٦ ـ تصحيح خطأ في حدود الأرض المشفوعة فيها لا يعتبر دعوى جديدة:

لا يعتبر تصحيح خطأ في حدود الأرض المشفوعة فيها دعوى جديدة يجب رفعها في الميعاد.

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن:

«إذا رفع الشفيع دعواه بطلب الشفعة في الأطيان المبيعة ثم تبين أنه أخطأ في البيانات التي أوردها في صحيفة الدعوى عن حدود هذه الأطيان ورقم القطعة من الحوض الواقعة فيه فعدل طلباته بما يتفق والبيانات الصحيحة وكان دفاع المشتري يفيد أنه قد اعتبر الدعوى مرفوعة من بادئ الأمر بطلب الشفعة في هذه الأطيان فلم يلتبس عليه الأمر بالرغم مما لابس البيانات التي أوردها الشفيع في صحيفة الدعوى من أخطاء لم تؤثر على ما تلاقى عنده قصد الشفيع من دعواه وفهم المشتري لها فإن الحكم يكون معيباً إذ قضى بسقوط حق الشفيع في الشفعة تأسيساً على أن تعديل الطلبات في هذه الحالة يعتبر رفعاً للدعوى بطلبات جديدة تخالف الطلبات الواردة في صحيفة افتتاح الدعوى وأن هذا التعديل قد جاء بعد مضي أكثر من أربعة أشهر من تاريخ تسجيل عقد البيع».

(طعن رقم ١٢ لسنة ٢٤ق جلسة ١٩٥٧/١٢/٢٦)

١١٧ ـ هل يعتبر تعديل الطلبات في دعوى الشفعة دعوى جديدة؟

لا يعتبر تعديل الطلبات في دعوى الشفعة دعوى جديدة مرفوعة بعد الميعاد، إذا كانت الطلبات الأصلية لم توجد لبساً عند المشتري

في حقيقة العقار المطلوب أخذه بالشفعة. فتعديل خطأ مادي ورد في صحيفة الدعوى لا يؤثر في قصد الشفيع وفي فهم المشتري للعقار المشفوع فيه ولا يسقط حق الشفعة»[1].

(راجع نقض طعن رقم ١٢ لسنة ٢٤ق جلسة ١٩٥٧/١٢/٢٦ – المنشور في البند السابق)

١١٨ـ كيفية احتساب الميعاد:

يحسب ميعاد الثلاثين يوماً سالف الذكر من اليوم التالي لتاريخ إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة ويحسب اليوم الأخير في الميعاد (م ١٥ مرافعات). فإذا كان الشفيع قد أعلن المشتري بالرغبة في الأخذ بالشفعة في يوم والبائع في يوم متأخر عنه، فإن الميعاد يكون من اليوم التالي لإعلان البائع.

وإذا صادف آخر الميعاد عطلة رسمية امتد إلى أول يوم عمل بعدها (م١٨ مرافعات) وإذا كان ختام الميعاد أكثر من يوم عطلة رسمية فلا يعطي الشفيع إلا يوما واحداً بعد نهاية العطلة [2].

ولم ينص المشرع في المادة (٩٤٣) على زيادة مواعيد مسافة على الثلاثين يوماً المحددة فيها لرفع الدعوى وقيدها، أسوة بما

---

(١) السنهوري ص٩٠٧ هامش (٢) – حسام الأهواني ص ٢٠٤.

(٢) محمد كامل مرسي ص٤٨٥.

قررته المادة (٩٤٠) بالنسبة للموعد المحدد لإبداء الرغبة في الشفعة. وهذا هو نفس الوضع الذي كان مقرراً بنصوص قانون الشفعة (الملغي)، فقد نص فيه على زيادة ميعاد مسافة على المدة المحددة لإبداء الرغبة (م١٩/٢)، في حين أنه لم يقرر هذه الزيادة بالنسبة إلى المدة المقررة لرفع دعوى الشفعة، مما حدا ببعض الفقهاء إلى القول بأنه لا حق للشفيع في ميعاد المسافة فوق الميعاد المنصوص عليه في المادة (٩٤٣) لأن طبيعة الشفعة ونظر الشارع لها يجعلان السكوت عن ذكر المسافة في المادة (٩٤٣) مع ذكرها في المادة (٩٤٠)، ذا معنى خاص يخرج مسألة المسافة في الشفعة عن القاعدة العامة التي قررها قانون المرافعات في المادة (١٧) ويسقط الحق في ميعاد خاص للمسافة فوق ميعاد الثلاثين يوماً المنصوص عليه في المادة (٩٤٣) [1] ، غير أن الرأي الغالب ذهب إلى أنه طالما أن المشرع لم ينص صراحة على حرمان الشفيع من ميعاد المسافة في المادة (٩٤٣)، فيجب أن تجري عليه حكم القواعد العامة المنصوص عليها في المادة (١٧ مرافعات). كما أنه لا مبرر

---

(١) محمد كامل مرسي ص٤٨٧، وحكم محكمة طنطا الابتدائية رقم ٥٣٠ لسنة ١٩١٩ المشار إليه بهامش رقم (١) من الصحيفة المذكورة- السنهوري ص٩٠٥.

قانوناً لحرمان الشفيع من الاستفادة بالقاعدة العامة المقررة في المادة (١٧) من قانون المرافعات. وهي تقضي بزيادة ميعاد مسافة على كل ميعاد معين في القانون للحضور أو لمباشرة إجراء فيه. ولا شك أن المواعيد التي قررها القانون في الشفعة تدخل تحت عموم هذا النص، فيسري عليها حكم زيادة ميعاد المسافة إذا اقتضى الأمر ذلك. ولا محل للقول بعدم التوسع في حق الشفعة لأنه حق استثنائي، إذ أن مواعيد الشفعة إنما تجب مراعاتها في حدود ما تقرره القواعد العامة، وإلا لترتب على الحد منها وتنقيصها إيجاد مسقطات جديدة لهذا الحق بغير نص صريح، وهو ما لا يجوز قانوناً [١].

١١٩ ـ الميعاد في حالة رفع الدعوى إلى محكمة غير مختصة:

إذا رفعت دعوى الشفعة في الميعاد أمام محكمة غير مختصة فقضت هذه المحكمة بعدم اختصاصها بنظرها وبإحالتها إلى المحكمة المختصة، فإنها تعد مرفوعة في الميعاد[٢].

---

(١) محمد على عرفة ص٥١٧ – عبد المنعم الصده ص٤٨٦ – منصور مصطفى منصور ص٣٥١. المستشار عزت حنوره ص٢٦٩.

(٢) المستشار عزت حنوره ص٢٧٤ – راجع أيضاً الأستاذ محمد كمال عبد العزيز في تقنين المرافعات في ضوء القضاء والفقه الجزء الأول الطبعة

غير أن المحكمة المحال عليها تقضي بسقوط حق الشفيع لسبب آخر، هو أن قيامه بإيداع الثمن خزانة محكمة غير مختصة مسقط لحقه سواء أكان عدم الاختصاص ولائياً أو قيمياً أو محلياً [(١)].

١٢٠ـ طبيعة الميعاد:

ميعاد الثلاثين يوماً المحدد لرفع دعوى الشفعة، ميعاد سقوط لا ميعاد تقادم، لا يقبل الوقف، ويسري في حق الغائبين وغير كاملي الأهلية. ولا يقبل الانقطاع إلا بتقديم صحيفة الدعوى إلى قلم الكتاب[(٢)].

١٢١ـ وجوب قيد دعوى الشفعة في خلال ثلاثين يوماً:

تنص المادة (٩٤٣) على أن: «ترفع دعوى الشفعة...... وتقيد بالجدول. ويكون كل ذلك في ميعاد ثلاثين يوماً من تاريخ الإعلان المنصوص عليه في المادة السابقة... إلخ».

الثالثة ص ١٤٣٩ إذ يذكر ذلك بالنسبة إلى ميعاد الاستئناف ويشير إلى حكمين غير منشورين صادرين من محكمة النقض بتاريخ ١٩٨٥/٥/٢٨ في الطعن رقم ١٤٨٥ لسنة ٥٢ق، ١٩٨٥/١٢/٤ في الطعن رقم ١٤٨٣ لسنة ٥٢ق.

(١) المستشار عزت حنوره ص٢٧٤.

(٢) السنهوري ص٩٠٦ – عبد المنعم الصده ص ٤٨٦ – عبد المنعم البدراوي ص٣٩٨ – رمضان أبو السعود ص٢٠٠١.

وقد نظمت رفع الدعوى وقيدها المواد ٦٣، ٦٥، ٦٧، ٦٩، ٦٨ من قانون المرافعات الجديد.

فتقضي المادة ٦٣ بأن: «ترفع الدعوى إلى المحكمة بناء على طلب المدعي بصحيفة تودع قلم كتاب المحكمة ما لم ينص القانون على غير ذلك.

ويجب أن تشتمل صحيفة الدعوى على البيانات الآتية... إلخ».

وتقضي المادة ٦٥ (مستبدلة بالقانون رقم ١٨ لسنة ١٩٩٩) بأن: «يقيد قلم كتاب المحكمة صحيفة الدعوى إذا كانت مصحوبة بما يلي.... وعلى قلم الكتاب إثبات تاريخ طلب القيد في جميع الأحوال. وإذا رأى قلم الكتاب عدم قيد صحيفة الدعوى - لعدم استيفاء المستندات والأوراق المبينة بالفقرة الأولى- قام بعرض الأمر على قاضي الأمور الوقتية ليفصل فيه فوراً، إما بتكليف قلم الكتاب بقيد الدعوى، أو بتكليف طالب قيدها باستيفاء ما نقص، وذلك بعد سماع أقواله ورأى قلم الكتاب. فإذا قيدت صحيفة الدعوى تنفيذاً لأمر القاضي اعتبرت مقيدة من تاريخ تقديم طلب القيد... إلخ».

وتنص المادة ٦٧ (المعدلة بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٧٤) على أن: «يقيد قلم الكتاب الدعوى في يوم تقديم الصحيفة في السجل الخاص بذلك بعد أن يثبت في حضور المدعي أو من يمثله

تاريخ الجلسة المحددة لنظرها في أصل الصحيفة وصورها. وعلى قلم الكتاب في اليوم التالي على الأكثر أن يسلم أصل الصحيفة وصورها إلى قلم المحضرين لإعلانها ورد الأصل إليه. ومع ذلك يجوز في غير دعاوي الاسترداد وإشكالات التنفيذ، أن يسلم للمدعي- متى طلب ذلك- أصل الصحيفة وصورها ليتولى تقديمها إلى قلم المحضرين لإعلانها ورد الأصل إلى المدعي ليقوم بإعادته إلى قلم الكتاب». وتنص المادة ٦٨ (المعدلة بالقانونين ٢٣ لسنة ١٩٩٢، ١٨ لسنة ١٩٩٩) على أنه: "على قلم المحضرين أن يقوم بإعلان صحيفة الدعوى خلال ثلاثين يوماً على الأكثر من تاريخ تسليمها إليه إلا إذا كان قد حدد لنظر الدعوى جلسة تقع في أثناء هذا الميعاد فعندئذ يجب أن يتم الإعلان قبل الجلسة، وذلك كله مع مراعاة ميعاد الحضور... ولا تعتبر الخصومة منعقدة في الدعوى إلا بإعلان صحيفتها إلى المدعي عليه ما لم يحضر بالجلسة».

وتنص المادة (٦٩) على أنه: «لا يترتب على عدم مراعاة الميعاد المقرر في المادة السابقة بطلان إعلان صحيفة الدعوى، كذلك لا يترتب البطلان على عدم مراعاة مواعيد الحضور وذلك بغير إخلال بحق المعلن إليه في التأجيل لاستكمال الميعاد».

وعلى ذلك فإنه في ظل قانون المرافعات الجديد تعتبر الدعوى مرفوعة بإيداع صحيفتها قلم الكتاب ولو لم تعلن إلى المدعي عليهم

وإنما الإعلان شرط لانعقاد الخصومة فقط ما لم يحضر المدعي عليهم بالجلسة.

كما أن قيد الدعوى يتم في ذات اليوم الذي تقدم فيه الصحيفة إلى قلم الكتاب.

وعلى ذلك فإنه في ظل هذا القانون يستطيع الشفيع أن يقوم بالإجراءات الثلاثة اللازمة في الدعوى وهي إيداع الثمن خزانة المحكمة المختصة ورفع الدعوى وقيدها في يوم واحد، كما يستطيع الشفيع أن يفيد من اليوم الأخير من الميعاد (وهو ثلاثون يوماً) لأننا ذكرنا سلفاً أن المشرع لا يشترط وجود فاصل زمني بين الإجراءات الثلاثة سالفة الذكر[١].

---

(١) (١) - **أ - الوضع في قانون الشفعة (الملغي):**

كانت المادة (١٥) من قانون الشفعة الملغي توجب رفع دعوى الشفعة في خلال ثلاثين يوماً من تاريخ إبداء الرغبة في الأخذ بالشفعة ولم تشترط قيد الدعوى في ذلك الميعاد.

ولذلك قضت محكمة النقض بأن:

١- «متى تم إعلان صحيفة دعوى الشفعة في ميعاد الثلاثين يوماً المحدد لرفعها فإن الدعوى تكون مقبولة ولو كان قيدها بالجدول لم يحصل إلا بعد هذا الميعاد».

(طعن رقم ١٦ لسنة ٨ق جلسة ١٩٣٨/٥/١٩)

٢- «إذا كان الحكم قرر أن رفع دعوى الشفعة في ميعاد الثلاثين يوماً من

تاريخ إعلان الرغبة تعتبر به الدعوى قائمة وإن لم تقيد بالجدول ورتب على ذلك أنه لا يسري على حق الشفعة ميعاد السقوط الوارد في المادة (٢٢) من قانون الشفعة القديم فإنه لا يكون قد خالف القانون».

(طعن رقم ٢١٠ لسنة ٢٠ق جلسة ١٩٥٣/٣/٢٦)

ب ـ الوضع في ظل قانون المرافعات (الملغي):

رأينا أن المادة (٩٤٣ مدني) أوجبت قيد الدعوى خلال ميعاد الثلاثين يوماً سالف الذكر، كي تستحث الشفيع على الإسراع في الإجراءات فلا يتباطأ دون مبرر.وكان تقنين المرافعات رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٩ (الملغي) ينص على أن الدعوى ترفع بصحيفة تعلن للمدعي عليه على يد أحد المحضرين ما لم يقض القانون بغير ذلك» (م ٦٩).

كما كانت المادة (٧٥) تنص على أن يقيد قلم كتاب الدعوى بجدول المحكمة في اليوم السابق لتاريخ الجلسة المحددة لنظرها على الأكثر (م ٧٥). وقضى باعتبار الدعوى كأن لم تكن إذا لم تقيد خلال سنة من تاريخ الجلسة الأولى التي سبق تحديدها (م ٢/٧٨) وواضح من ذلك أن الدعوى كانت لا تعتبر مرفوعة في ظل ذلك القانون إلا بإعلان صحيفتها وكان قيدها بجدول المحكمة لا يتم إلا بعد هذا الإعلان. ومن ثم كانت المادة (٩٤٣ مدني) تلقى على عاتق الشفيع عبئاً ثقيلاً يقلل في الواقع من المدة المتاحة للشفيع للقيام خلالها بإيداع الثمن ورفع الدعوى، طالما كان لزاماً عليه قيد الدعوى بعد إعلان صحيفتها وأن يتم كل ذلك خلال ذات المدة. ولما صدر القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٢ الذي عدل بعض أحكام قانون المرافعات (الملغي) خفف من غلواء بعض

وقد قضت محكمة النقض بأن:

«ولما كانت المادة (٦٣) من قانون المرافعات الحالي تقضي بأن ترفع الدعوى بصحيفة تودع قلم كتاب المحكمة ما لم ينص القانون على غير ذلك. وكان القانون لم يستثن دعوى الشفعة من الطريق العادي لرفع الدعاوي. وكانت المادة ٩٤٣ من التقنين المدني قد اكتفت بالنص على رفع دعوى الشفعة خلال ثلاثين يوماً من تاريخ إعلان الرغبة في الأخذ بها - دون أن تحيل صراحة إلى قواعد رفع الدعوى التي كان معمولاً بها وقت صدور القانون المدني أو ترسم طريقاً معيناً لرفعها فإن دعوى الشفعة تعتبر مرفوعة من تاريخ إيداع صحيفتها قلم كتاب المحكمة وفق قانون المرافعات الحالب المنطبق على واقعة الدعوى لما كان ذلك وكان البين من الأوراق أن الطاعنة أعلنت المطعون ضدهم برغبتها في أخذ الحصة المبيعة بالشفعة بتاريخ ٨، ١٩٨٢/٣/٩ وأودعت صحيفة الدعوى قلم كتاب المحكمة بتاريخ ١٩٨٢/٣/٢٩ فإن الدعوى تكون قد رفعت في الميعاد المحدد بالمادة ٩٤٣ من التقنين

الإجراءات السابقة - إذ عدل المادة (٧٥ منه)، وأوجب على قلم الكتاب قيد الدعوى في يوم تقديم الصحيفة في السجل الخاص بذلك. ومن ثم أصبح قيد الدعوى سابقاً على رفعها بعد أن كان لاحقاً عليه.

المدني سالفة البيان دون أن ينال من ذلك تراخي إعلانها إلى تاريخ لاحق ولا يترتب على سقوط الحق في الشفعة. وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر وقضى بسقوط الحق في الشفعة على سند من الإعلان بصحيفة الدعوى ثم بعد ميعاد الثلاثين يوماً المقررة فإنه يكون قد خالف القانون وأخطأ في تطبيقه مما يوجب نقضه وعلى أن يكون مع النقض الإحالة».

(طعن رقم ٣٤٩٠ لسنة ٦٢ق جلسة ١٩٩٩/٢/٩)

وإذ كان شطب الدعوى لا يعني زوالها إذا تبقى مرفوعة منتجة لآثارها سواء الإجرائية منها أو الموضوعية وإن استبعدت من جدول القضايا المتداولة أمام المحكمة. ومن ثم لا يترتب على شطب الدعوى، زوال الإعلان بالرغبة في الأخذ بالشفعة، فإذا لم تجدد الدعوى من الشطب، وأقام دعوى شفعة أخرى في خلال ثلاثين يوماً من تاريخ إعلان الرغبة استقامت دعوى الشفعة الجديدة.

وترتيباً على ذلك قضت محكمة النقض بأن:

١- «إذا كان البين من الأوراق أن الطاعن أعلن رغبته في الأخذ بالشفعة في العقار المبيع بموجب إعلان رسمي إلى المطعون ضدهم من الأول وحتى الخامس بتاريخ ٢٥، ١٩٨٧/٢٦ ثم أردف ذلك برفع الدعوى رقم ١٩٨٧/٨١٣ مدني جزئي ببا والتي تقرر

بجلسة ١٩٨٨/١٢/٤ شطبها فإن هذا الإعلان بالرغبة يظل قائماً ومنتجاً كافة آثاره القانونية إذ من المقرر – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – أن شطب الدعوى لا يعني زوالها إذ تبقى مرفوعة منتجة لآثارها سواء الإجرائية منها أو الموضوعية وإن استبعدت من جدول القضايا المتداولة أمام المحكمة، وبالتالي تكون دعوى الطاعن الماثلة والتي أقامها بتاريخ ١٩٨٩/١/٢٧ قد رفعت بعد انقضاء أكثر من ثلاثين يوماً من وقت إعلان رغبته المشار إليه والقائم والمنتج لكافة آثاره القانونية على النحو آنف البيان بما يؤدي إلى سقوط حقه في الشفعة طبقاً للمادة ٩٤٣ من القانون المدني.... ولا يغير من ذلك مبادرته بإعلان رغبة أخرى بتاريخ ٢٤، ١٩٨٨/١٢/٣١ أعقبه رفع دعواه المطروحة قبل انقضاء ثلاثين يوماً ذلك أنه متى كان الطاعن قد أتم إعلان رغبته في الأخذ بالشفعة قبل رفع دعواه الأولى بإجراء ما زال قائماً ومنتجاً لآثاره – على النحو سالف البيان– فإنه يكون حجة عليه ومن تاريخ تمامه يبدأ ميعاد سقوط حقه في الشفعة».

(طعن رقم ٤١٧٣ لسنة ٦٢ق جلسة ١٩٩٩/٥/١٣).

١٢٢ ـ جزاء عدم رفع دعوى الشفعة في الميعاد:

إذا لم ترفع دعوى الشفعة في ميعاد الثلاثين يوماً سالف الذكر، سقط حق الشفيع في الأخذ بالشفعة. ويحق للبائع أو للمشتري

التمسك بسقوط الحق، بل يجب على المحكمة أن تقضي بالسقوط من تلقاء نفسها، ولو نزل صاحب الحق عن التمسك به، لتعلق هذا الميعاد بالنظام العام (١).

وقد قضت محكمة النقض – بصدد إيداع الثمن في الميعاد – بأن:

١- «للمحكمة أن تقضي من تلقاء نفسها بسقوط حق الشفيع في الأخذ بالشفعة إذا لم يقم بإيداع الثمن في الميعاد المحدد في المادة ٩٤٢ من القانون المدني».

(طعن رقم ١٤٠ لسنة ٢١ق جلسة ١٩٥٣/١٢/٣١)

٢- «.... إيداع كامل الثمن الحقيقي الذي حصل به البيع في الميعاد وبالكيفية التي حددها المشرع شرط لقبول دعوى الشفعة مما يخول محكمة الموضوع أن تقضي من تلقاء نفسها بعدم قبول الدعوى...إلخ».

(طعن رقم ١٣٢٨ لسنة ٤٨ق جلسة ١٩٨٣/٢/٢)

والدفع بسقوط الحق في الشفعة لرفعها بعد الميعاد، كالشأن في أي دفع بسقوط الحق فيها بسبب من الأسباب الواردة في باب

---

(١) محمد كامل مرسي ص٤٨٤ – السنهوري ص٩٠٧ رمضان أبو السعود ص٣٤٦.

الشفعة هو دفع موضوعي وارد على ذات الحــق المطالـــب بـــه، ويكون الحكم الصادر بقبوله أو برفضه صادراً في الموضوع.

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن:

«الدفع بسقوط الحق في الشفعة لسبب من الأسباب الواردة فـــي باب الشفعة هو دفع موضوعي وارد على ذات الحق المطالب بـــه، ومن ثم فإن الحكم الصادر بقبوله أو برفضه يكون حكماً صادراً في الموضوع مما يطعن فيه على استقلال في الميعـــاد القـــانوني وإلا صار نهائياً وحاز قوة الأمر المقضـي».

(طعن رقم ٦٥ لسنة ٣٦ق جلسة ١٩٧٠/٤/٢٣)

١٢٣ ـ الدفع باعتبار الدعوى كأن لم تكن:

الدفع باعتبار الدعوى كأن لم تكن – فيما لم يستثن- لا يتعلـــق بالنظام العام. ومن ثم لا يجوز التمسك به إلا من شرع لمصـــلحته، رغم أن القانون يوجب اختصام أشخاص معينين في الدعوى، فـــإذا تمسك به صاحب المصلحة ورأت المحكمة إجابته إلى طلبـــه فإنـــه يفيد منه باقي المدعي عليهم[1].

---

(١) نقض طعن رقم ٦١٩ لسنة ٤٣ق جلسة ١٩٨٠/١/٢٩.

ومثال ذلك أن تكون صحيفة الدعوى لم تعلن إلى أحد المدعي عليهم خلال ثلاثة أشهر من تاريخ تقديمها إلى قلم الكتاب وكان ذلك راجعاً إلى فعل المدعي (م ٧٠ مرافعات).

أو لم يتم إعلان أحد المدعي عليهم بصحيفة تجديد الدعوى من الشطب خلال ستين يوماً (م ١/٨٢ مرافعات)[١].

١٢٤ ـ المحكمة المختصة بنظر دعوى الشفعة:

تنص المادة (٩٤٣ مدني) على أن: «ترفع دعوى الشفعة على البائع والمشتري أمام المحكمة الكائن في دائرتها العقار... إلخ».

فالمحكمة المختصة محلياً بنظر دعوى الشفعة هي المحكمة الكائن في دائرتها العقار المشفوع فيه. ذلك أن دعوى الشفعة هي دعوى عينية إذ يطالب فيها الشفيع بملكية العقار المشفوع فيه بسبب من أسباب كسب الملكية وهو الشفعة.

وقد أريد بالنص على اختصاص المحكمة الكائن بدائرتها العقار الدلالة على أن دعوى الشفعة دعوى عينية، وليست شخصية كما ذهب البعض[٢].

---

(١) راجع مؤلفنا الدفوع في قانون المرافعات.

(٢) وقد جرت مناقشة في هذا الصدد في لجنة مجلس الشيوخ إبان نظر مشروع التقنين المدني أمامها، إذ اعترض (سعادة العشماوي باشا) على الفقرة الأولى من حيث اقحام بعض قواعد المرافعات فيها فأجاب عبده

وإذا كان العقار واقعاً في دوائر محاكم متعددة، يكون الاختصاص للمحكمة التي يقع في دائرتها أحد أجزائه (م ١/٥٠ مرافعات).

أما عن الاختصاص القيمي، فإنه يرجع فيه إلى القواعد العامة المنصوص عليها في المادتين (٤٢، ٤٧ مرافعات) فتختص المحكمة الجزئية بنظر دعوى الشفعة إذا كانت قيمتها لا تجاوز عشرة آلاف جنيه، بينما تختص المحكمة الابتدائية بالدعوى إذا جاوزت قيمتها ذلك.

١٢٥ـ كيفية تقدير قيمة دعوى الشفعة:

ذهب رأي في الفقه إلى أن قيمة دعوى الشفعة تتحدد بمقدار الثمن المذكور في عقد البيع المشفوع فيه على أساس أن دعوى الشفعة هي دعوى بالحلول في تعاقد هو حلول الشفيع محل المشتري في حقوقه والتزاماته الناشئة عن عقد البيع وليست من

محرم (بك) على ذلك الاعتراض بأنه حيث ينشئ القانون حقاً فهو وإجراءاته من صميم القانون المنشئ لهذا الحق.

وأضاف إلى ذلك أنه يحسن دفعاً للشبهة في هل دعوى الشفعة شخصية أو عقارية عدم رفع حكم المرافعات الوارد في المادة فقال سعادة العشماوي باشا إنه ينزل عن اعتراضه (مجموعة الأعمال التحضيرية ج٦ ص٤٢٩).

الدعاوي المتعلقة بملكية العقارات التي تتحدد قيمتها بقيمة العقارات إذ لا يتحقق تملك الشفيع للعقار المشفوع فيه إلا من بعد ونتيجة للحلول المذكور. وإذا كان الثمن الحقيقي الذي هو أقل مما ذكر في العقد يجعله من اختصاص القضاء الجزئي، في حين أن الثمن المذكور في العقد خلافاً للحقيقة يجعله من اختصاص القضاء الكلي كان القضاء الكلي هو المختص مراعاة للعقد، ويجب الطعن في الثمن أمامه، لا أمام سواه(١).

وبهذا الرأي أخذت محكمة النقض في حكمها الصادر بتاريخ ١٩٨٣/٦/٢١ في الطعن رقم ١٣٥٠ لسنة ٤٩ق إذ ذهبت فيه إلى أن:

«المقرر – وعلى ما جرى به قضاء النقض– أن الطلب المدعي به في دعوى الشفعة هو الحق في أخذ العقار المبيع إلى الغير والحلول فيه محل المشتري وذلك في مقابل الثمن الحقيقي الذي حصل الاتفاق عليه بين البائع والمشتري، قل هذا الثمن عن قيمة العين الحقيقية وقت البيع أو زاد عليه، ويعتبر الثمن الوارد في العقد هو الثمن الحقيقي إلى أن يثبت الشفيع صوريته، وأنه إذا كانت

---

(١) محمد كامل مرسي ص٤٨٩ وما بعدها– السنهوري ص٨٩٤– محمود جمال الدين زكي ص٤٧٢.

العين المشفوعة قد بيعت بموجب عقدي بيع فإن الحق في الشفعة باعتبارها سبب من أسباب الملكية يثبت لكل عقد منهما على استقلال ومن ثم فإن الدعوى بطلب أخذ المبيع بالشفعة تقدر باعتبار قيمة كل منهما على حدة مما **مفاده أن قيمة دعوى الشفعة لا تقدر بقيمة العقار ذاته بل بقيمة الثمن الحقيقي الذي حصل به البيع وباعتبار** أن المدعي الشفيع يحل بموجب هذا الحق محل المشتري في ذلك التعاقد والذي يعد بهذه المثابة سنداً لملكية الشفيع للعقار المشفوع فيه».

وقد ذهب رأي آخر إلى أنه لما كان المشرع قد أورد الشفعة في القانون المدني باعتبارها سبباً من أسباب كسب الملكية العقارية، ونص في المادة (٩٤٤منه) على أن الحكم الذي يصدر نهائياً بثبوت الشفعة يعتبر سنداً لملكية الشفيع وذلك دون إخلال بالقواعد المتعلقة بالتسجيل. فقد دل على أن دعوى الشفعة، وإن لم تكن دعوى ملكية، إلا أنها بلا شك تتعلق بملكية العقار المشفوع فيه. وهو ما تؤكده المذكرة الإيضاحية لقانون المرافعات في تعليقها على المادة ٣٧ من أن المشرع اختار اصطلاح الدعاوي المتعلقة بملكية العقارات حتى لا تنصرف إلى مجرد الدعاوي العينية العقارية، وإنما لكي تشمل دعاوي الشفعة وغيرها من الدعاوي التي تتصل بالملكية ولا تعد من قبيل الدعاوي العينية العقارية. ومن ثم تقدر قيمتها طبقاً للبند

الثاني من المادة ٣٧ من قانون المرافعات بقيمة العقار على النحـــو المبين بالبندِ الأول منها [١].

والمادة ٣٧ تجري على أن:

«يراعي في تقدير قيمة الدعوى ما يأتي:

١- الدعاوي التي يرجع في تقدير قيمتها إلى قيمة العقار يكون تقدير هذه القيمة باعتبار خمسمائة مثل من قيمة الضريبة الأصــلية المربوطة عليه إذا كان العقار مبنياً، فإن كان من الأراضي يكــون التقدير باعتبار أربعمائة مثل من قيمة الضريبة الأصلية.

فإذا كان العقار غير مربوط عليه ضريبة قدرت المحكمة قيمته.

٢- الدعاوي المتعلقة بملكية العقارات والمنازعات الموضوعية المتعلقة بالتنفيذ على العقار تقدر قيمتها بقيمة العقار... إلخ».

وقد أخذت بهذا الرأي الهيئة العامة للمواد المدنية والتجاريــة والأحوال الشخصية في قضائها الصادر بتاريخ ٢٧ أبريــل ســنة ١٩٨٨ في الطعن رقم ٣١٢ لسنة ٥٧ ق «هيئة عامة».

إذ ذهبت فيه إلى أن:

---

(١) المستشار عزت حنوره ص٢٧١ وما بعدها- نبيل إبــراهيم ســعد ص ٤٤٤.

«إذ كان الحكم المطعون فيه قد قرر – صحيحاً– وبما لا خلاف عليه بين طرفي الخصومة– قيمة الدعوى بمبلغ أربعة وتسعين جنيهاً وسبعمائة وثلاثين مليماً– وذلك طبقاً للبند الأول من المادة (٣٧) من قانون المرافعات اعتباراً بأن دعوى الشفعة تعتبر متعلقة بملكية العقار المشفوع فيه فيرجع في تقدير قيمتها إلى قيمة العقار وهو من الأراضي التي يكون تقديرها باعتبار سبعين مثلاً لقيمة الضريبة الأصلية المربوطة عليها – بما يجعل الدعوى تدخل في الاختصاص القيمي للمحكمة الجزئية فلا تختص بها المحكمة الابتدائية فإن الحكم الصادر فيها من هذه المحكمة يكون جائزاً استئنافه، وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر وقضى بعدم جواز الاستئناف على سند من أن الدعوى تدخل في النصاب الانتهائي للمحكمة الابتدائية، فإنه يكون قد أخطأ في تطبيق القانون».

كما قضت الدائرة المدنية بمحكمة النقض بأن:

«إذا كانت قيمة كل من طلبي الشفعة– المختلفين خصوماً وسبباً وموضوعاً واللذين جمعتهما صحيفة واحدة– لا تجاوز خمسمائة جنيه وفقاً للبندين الأول والثاني من المادة ٣٧ من قانون المرافعات باعتبار أن الدعوى وهي دعوى شفعة تعتبر متعلقة بملكية العقار المشفوع فيه– وهو ما أكدته المذكرة الإيضاحية لقانون المرافعات

في تعليقها على هذه المادة وجري به قضاء هذه المحكمة فتقدر قيمتها باعتبار مائة وثمانين مثلا من قيمة الضريبة الأصلية المربوطة عليه ومقدارها على ما ثبت في الأوراق باعتبار أن عقار النزاع من العقارات المبنية وهو التقدير المنطبق على واقعة الدعوى قبل زيادته بمقتضى القانون رقم ١٩٩٢/٢٣، فإن كلا من هذين الطلبين يدخل في الاختصاص القيمي للمحكمة الجزئية طبقا للمادة ٤٢ من قانون المرافعات والمنطبقة على واقع الخصومة المطروحة قبل تعديلها بالقانون رقم ١٩٩٢/٢٣... وكانت المادة ٢٦٩ من قانون المرافعات تنص على أنه «إذا كان الحكم المطعون فيه قد نقض لمخالفة قواعد الاختصاص تقتصر المحكمة على الفصل في مسألة الاختصاص، وعند الاقتضاء تعين المحكمة المختصة التي يجب التداعي إليها بإجراءات جديدة...» ولما سلف يتعين إلغاء الحكم المستأنف والحكم بعدم اختصاص محكمة الابتدائية قيميا بنظر الدعوى وباختصاص محكمة .... الجزئية بنظرها».

(طعن رقم ١٣٠١ لسنة ٦١ق جلسة ١٩٩٦/٥/٢٣)

٢- «وحيث إن هذا النعي سديد، ذلك أنه من المقرر- في قضاء هذه المحكمة أن لمحكمة النقض من تلقاء نفسها وللخصوم وللنيابة العامة إثارة الأسباب المتعلقة بالنظام العام ولو لم يسبق

التمسك بها أمام محكمة الموضوع أو في صحيفة الطعن متى توافرت عناصر الفصل فيها من الوقائع والأوراق التي سبق عرضها على محكمة الموضوع ووردت هذه الأسباب على الجزء المطعون فيه من الحكم وليس على جزء آخر منه أو حكم سابق عليه لا يشمله الطعن، وأن مناط عدم جواز استئناف الأحكام الصادرة من محاكم الدرجة الأولى لنهائيتها- وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة- هو أن تكون هذه الأحكام صادرة في حدود الاختصاص القيمي لتلك المحاكم طبقاً لقواعد الاختصاص التي رسمها القانون والمتعلقة بالنظام العام، أما إذا صدرت بالمخالفة لهذه القواعد فلا يمكن القول إنها قد صدرت في حدود النصاب الانتهائي لتلك المحاكم بما يمتنع معه الطعن عليها بالاستئناف لغير حالات البطلان. لما كان ذلك، وكانت قيمة الدعوى وقت رفعها في سنة ١٩٩٠تقدر بمبلغ ١٠٥٢ج (ألف وإثنان وخمسون جنيهاً) تقريباً وذلك طبقاً للمادة ٣٦، والبندين الأول والثاني من المادة ٣٧ من قانون المرافعات- قبل تعديله بالقانون رقم ٢٣ لسنة ١٩٩٢ – باعتبارها دعوى شفعة تعد متعلقة بملكية العقار المشفوع فيه فيرجع في تقدير قيمتها إلى قيمة العقار وهو من الأراضي الزراعية والتي كانت قيمتها تقدر وقت رفعها باعتبار سبعين مثلاً لقيمة الضريبة الأصلية المربوطة عليها ومقدارها ٢٨ج (ثمانية وعشرون جنيهاً)،

وتدخل بالتالي في اختصاص المحكمة الابتدائية في حينه. إلا أنها أضحت من اختصاص المحكمة الجزئية طبقاً للمادة ٤٢ من قانون المرافعات المعدل بالقانون رقم ٢٣ لسنة ١٩٩٢- المعمول به اعتباراً من أول أكتوبر سنة ١٩٩٢ والتي تنص على أن «تختص محكمة المواد الجزئية بالحكم ابتدائياً في الدعاوي المدنية والتجارية التي لا تجاوز قيمتها خمسة آلاف جنيه ويكون حكمها انتهائياً إذا كانت قيمة الدعوى لا تجاوز خمسمائة جنيه» وقد جاءت المادة الثانية عشر من القانون رقم ٢٣ لسنة ١٩٩٢ سالف البيان بحكم وقتي في شأن الدعاوي التي تعدل الاختصاص القيمي بنظرها بموجب هذا القانون إذ نصت على أن «على المحاكم أن تحيل بدون رسوم، ومن تلقاء نفسها ما يوجد لديها من دعاوي أصبحت من اختصاص محاكم أخرى بمقتضى أحكام هذا القانون. وذلك بالحالة التي تكون عليها........ وتكون الإحالة إلى جلسة تحددها المحكمة........ ولا تسري أحكام الفقرتين السابقتين على الدعاوي المحكوم فيها قطعياً أو الدعاوي المؤجلة للنطق بالحكم» وإذ كان الثابت في الأوراق أن محكمة بنها الابتدائية قد نكلت عن إحالة الدعوى إلى المحكمة الجزئيةِ المختصة – رغم عدم صدور حكم قطعي فيها. كما لم تكن مؤجلة للنطق بالحكم – وقضت بتاريخ ١٩٩٢/١٢/٢٩ في موضوعها بما ينطوي عليه ذلك من قضاء

ضمني باختصاصها بنظرها قيمياً. فإن قضاءها يكون معيباً بمخالفة القانون والخطأ في تطبيقه في شأن قواعد الاختصاص القيمي، ومن ثم جائزاً استئنافه. وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر بقضائه بعدم جواز الاستئناف على سند من أن قيمة الدعوى تدخل في حدود النصاب الانتهائي للمحكمة الابتدائية فإنه يكون قد خالف القانون وأخطأ في تطبيقه بما يوجب نقضه لهذا السبب دون حاجة لبحث أسباب الطعن.

وحيث إن الاستئناف صالح للفصل فيه، ولما تقدم، فإن الاستئناف يكون جائزاً وقد استوفى أوضاعه الشكلية.

وحيث إنه لما كان الحكم المستأنف صادراً من محكمة غير مختصة قيمياً فإنه يتعين إلغاؤه والحكم بعدم اختصاص المحكمة الابتدائية قيمياً بنظر الدعوى وباختصاص محكمة مركز بنها الجزئية بنظرها وإحالتها إليها للفصل فيها إعمالاً لنص المادة ١١٠ من قانون المرافعات.

(طعن رقم ٢٢١٢ لسنة ٦٤ق جلسة ٢٠٠٤/٣/٢٣)

١٢٦ ـ الحكم في دعوى الشفعة على وجه السرعة:

تنص المادة (٩٤٣ مدني) في عجزها على أن: « ويحكم في الدعوى على وجه السرعة» [١].

وعبارة (على وجه السرعة) مرادفة لعبارة (على وجه الاستعجال) إلا أنها تختلف عن (الصفة المستعجلة) التي تنظر بها بعض الدعاوي، فالمنازعات التي يوجب القانون نظرها على وجه السرعة (avec célérite) هي منازعات موضوعية ترفع إلى المحكمة المختصة بحسب القواعد العامة لتصدر فيها حكماً موضوعياً، أما المواد المستعجلة (Matieré de refene) فهي منازعات في طلبات وقتية ترفع إلى المحكمة المستعجلة أو إلى محكمة الموضوع عملاً بالمادة (٤٥ مرافعات) لتصدر فيها حكماً وقتياً تكون له حجية مؤقتة ولا يجمع بينهما إلا ما يوجبه القانون من إنجازهما والفصل فيهما فوراً بغير إبطاء.

وكان قانون المرافعات السابق قبل تعديله بمقتضى القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٢ ينص على وجوب عرض الدعاوي التي يفصل فيها على وجه السرعة مباشرة على المحكمة الكاملة في المحاكم

---

(١) وقد ورد في المشروع التمهيدي بدلاً من هذه العبارة عبارة «على وجه الاستعجال»، وفي مناقشات لجنة القانون المدني استبدلت اللجنة كلمة «السرعة» بكلمة «الاستعجال» تمشياً مع تعبير قانون المرافعات القائم وقتئذ (مجموعة الأعمال التحضيرية ج٦ ص٤٢٩).

الابتدائية دون عرضها على قاضي التحضير (م ١١٨)، ويمنع الطعن بالمعارضة في الحكم الصادر فيها (م ٣٨٦) ويجعل ميعاد استئنافه عشرة أيام أيا كانت المحكمة التي أصدرت الحكم (م ٤٠٢)، ويوجب رفع الاستئناف بتكليف بالحضور عملاً بالمادة (٤٠٥) ويوجب إيداع مسودة الحكم المشتملة على أسبابه في ميعاد قصير يختلف عن الميعاد المقرر بالنسبة للأحكام الصادرة في المواد الأخرى (م٣٤٦) ويكتفي بالنسبة لصحف الدعاوي التي يوجب القانون الفصل فيها على وجه السرعة بأن يبين المدعي فيها موضوعها وطلباته بالإيجاز دون حاجة إلى ذكر وقائع الدعوى وأدلتها وأسانيد المطلوب وذلك عملاً بالمادة (٧١).

إلا أن المشرع ألغي بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٢ كل تفرقة بين الدعاوي التي تنظر على الوجه المعتاد وتلك التي تنظر على وجه السرعة.

ولم يعد المقصود من هذا التعبير إلا مجرد حث المحكمة على إنجاز الدعوى بسرعة [١].

---

(١) راجع مؤلفنا شرح قانون المباني الجديد الطبعة السادسة ٢٠٠٢/٢٠٠٣ ص ٤٦٥ وما بعدها.

١٢٧ـ الأهلية اللازمة لطلب الشفعة:

بالرغم من أن الفقه يغلب اعتبار الشفعة واقعة مادية، إلا أن إبداء الرغبة في الأخذ بالشفعة يعتبر عملاً إرادياً من جانب الشفيع. ولهذا يجب أن تتوافر في الشفيع الأهلية اللازمة للأخذ بالشفعة.

والأخذ بالشفعة من أعمال التصرف وليس من قبيل عمل الإدارة. فالشفيع يحل محل المشتري ومن ثم فإن الشفعة تكون في حكم شراء المال المشفوع فيه. ولهذا يجب أن تتوافر في الشفيع أهلية التصرف فتتوافر الأهلية في الأخذ بالشفعة لمن يبلغ سنه ٢١ سنة. والوكيل لا يجوز له طلب الأخذ بالشفعة إلا إذا كانت الوكالة خاصة. فالوكالة العامة تكون مقصورة على أعمال الإدارة [١].

---

(١) حسام الدين الأهواني ص١٨٦.

مادة (٩٤٤)

الحكم الذي يصدر نهائياً بثبوت الشفعة يعتبر سنداً لملكية الشفيع، وذلك دون إخلال بالقواعد المتعلقة بالتسجيل.

الشرح

١٢٨ـ ثبوت الحق في الشفعة بالتراضي:

عندما يتوفر للشفيع سبب من أسباب الشفعة ويتحقق في جانبه كل الشروط اللازمة للأخذ بالشفعة فعليه أن يلج إجراءات الشفعة ويبدأ بالإجراء الأول والبديهي وهو إعلان رغبته في الأخذ بالشفعة إلى كل من البائع والمشتري. وبذلك يكون الشفيع قد عبر عن إرادته بوضوح في رغبته في أخذ العقار المبيع بالشفعة، وفي مواجهة هذا الموقف قد يقبل البائع والمشتري خروج المشتري من الصفقة وحلول الشفيع محله.

ويجب لإتمام الشفعة الرضائية الاتفاق عليها بين كل من البائع والمشتري والشفيع جميعاً، حتى تنشأ عن هذا التراضي تلك الآثار الخاصة التي رتبها القانون على تمام الشفعة. وذلك بإنهاء آثار عقد البيع بالنسبة للمشتري، وحلول الشفيع قبل البائع محل هذا المشتري في ذلك العقد، بمعنى قيام التزامات البائع التعاقدية نحو الشفيع بدلاً منها نحو المشتري، وقيام الالتزامات التعاقدية التي كانت على المشتري نحو البائع، على الشفيع نحو هذا البائع.

ولئن كان المشرع يخول للقضاء استناداً إلى القانون، تغيير أطراف التعاقد جبراً عنهم، وذلك بإحلال الشفيع قبل البائع محل المشتري في عقد البيع المشفوع فيه. إلا أن ذلك لا يتأتى لأحد طرفي عقد البيع، بإرادته المنفردة دون رضاء الطرف الآخر، وذلك عملاً بالفقرة الأولى من المادة (١٤٧) من القانون المدني، ومن ثم لا يجوز للمشتري أن ينهي لنفسه الرابطة العقدية التي تربطه بالبائع وأن يفرض على هذا الأخير قيام علاقة عقدية بينه وبين الشفيع، لا يساهم هذا البائع في شأنها، كما أن الأخذ بالشفعة لا يؤدي إلى تلقي الشفيع العقار المشفوع فيه من المشتري وإنما يتلقاه من البائع. ومن ثم لا نرى محلاً للقول بأن سبق تسجيل المشتري لعقد شرائه يغني عن وجوب إشراك البائع في الاتفاق على إتمام الشفعة بالتراضي[1].

---

(١) المستشار عزت حنوره ص٣٠٦ وما بعدها - وقارن السنهوري ص٩٣١ فيرى أنه متى أبدى الشفيع الرغبة في الأخذ بالشفعة وأعلنها لكل من المشتري والبائع، فقد حل الشفيع بحكم القانون محل المشتري في البيع المشفوع فيه، وتحولت الصفقة بعد أن كانت بين البائع والمشتري إلى أن تكون بين البائع والشفيع ويكون ذلك منذ تمام البيع بين البائع والمشتري. فالقانون، متى استكملت الشفعة عناصرها الثلاثة، يحل الشفيع محل المشتري، ويجعل الشفيع هو المشتري منذ البداية

ويخرج المشتري من الصفقة كأنها لم تنعقد أصلا. ويبقى البيع قائماً منذ أن انعقد، ولكنه يكون بيعا المشتري فيه هو الشفيع لا المشتري الأصلي، وينتج البيع آثاره فيما بين البائع والشفيع، فيكون للشفيع حقوق المشتري وعليه التزاماته، وذلك منذ أن انعقد البيع الأول، لأن المشتري يختفي تماماً ويعتبر كأنه لم يتدخل بتاتاً في الصفقة، وتنعقد الصلة مباشرة بين البائع والشفيع في نفس البيع الذي سبق أن تم، فلا يكون المشتري وسيطاً بينهما بعد أن خرج من الصفقة. وعلى ذلك يكون الشفيع هو الدائن مباشرة للبائع بحقوق المشتري. وهو المدين مباشرة للبائع بالتزامات المشتري.

وقارن نبيل إبراهيم سعد ص٤٥٥ وما بعدها، فيري أنه يكفي لإتمام الشفعة من الناحية القانونية والفنية رضاء المشتري بحلول الشفيع محله فيما له من حقوق وما عليه من التزامات في مواجهة البائع. ولكن تمام الشفعة على هذا النحو لا يجعلها نافذة في حق البائع إلا بإجراءين معاً: الإجراء الأول بإعلانه الرغبة إذ هذا الإعلان وحدة يكفي لنفاذ هذا الحلول بالنسبة لما للمشتري من حقوق طبقاً للقواعد العامة. حيث يستوي لدى البائع أن يكون دائنه المشتري أو الشفيع خاصة وأن عقد البيع ليس من العقود ذات الاعتبار الشخصي. لكن بالنسبة لنفاذ حلول الشفيع فيما على المشتري من التزامات لا يكفي فيه هذا الإعلان وإنما يلزم له الإقرار من جانب البائع إذ شخص المدين دائماً وأبدا محل اعتبار من جانب الدائن فإذا توافر ذلك فإن الشفعة تكون قد تمت صحيحة نافذة وملزمة لكل من الشفيع والمشتري والبائع. ولذلك لا يحق للبائع أن

ويؤيد هذا الرأي ما قضت به محكمة النقض من أنه:

«يترتب على الأخذ بالشفعة تحويل الحقوق والالتزامات ما بين البائع والمشتري إلى ما بين البائع والشفيع، فتـزول صـلة البـائع بالمشتري فيما لكل منهما من الحقوق على الآخر بموجب عقد البيع لتكون صلته في تلك الحقوق بالشفيع فهي عمليـة قانونيـة تـدور، ولابد بين أطراف ثلاثة كل منهم طرف حقيقي ضروري فيها حتى

ينازع في ذلك فيما بعد. وبالتالي تستقر الشفعة للشفيع ويثبت له حقه في أخذ العقار المشفوع فيه بالشفعة سواء سجل المشتري عقده أو لم يسجله. وعلى ذلك تجب التفرقة من الناحية الفنية بين تمام الشفعة، إذا يكفي فيه رضاء المشتري، ونفاذ الأخذ بالشفعة في حق البائع حيث لا يـتم هـذا النفاذ إلا بإقرار البائع وهذا الإقرار لازم بالنظر لحلول الشـفيع محـل المشتري فيما على هذا الأخير من التزامات في مواجهـة البـائع، أمـا الحلول محل المشتري فيما له من حقوق فيكفي فيه إعلان الرغبة إلـى البائع الذي سيظل قائماً إلى أن تتم الشفعة رضاء أو المضي في بـاقي الإجراءات لتتم قضاء.

وقارن الدكتور مصطفى الجمال (فقرة ٣١ مشار إليه في مؤلف الدكتور نبيل سعد ص٤٥٦ هامش ١) – إذ يفرق بين ما إذا كان المشـتري قـد سجل عقد شرائه، وعندئذ يكتفي بموافقة المشتري للشفيع علـى الأخـذ بالشفعة وبذلك تتم بالتراضي. وبين ما إذا لم يكن المشتري سجل العقد، وهنا يستلزم لإتمام الشفعة بالتراضي موافقة كل من البائع والمشتري.

يمكن قانوناً حصول هذا التحويل الواقع في حقوقهم الثلاثة بعضهم على بعض ولا يتصور إلا قبل ثلاثتهم جميعاً. ودعوى الشفعة والمقصود بها إجراء عملية هذا التحويل قضاء- يجب بحكم طبيعة الحال أن تكون دائرة بينهم هم الثلاثة كذلك، ومن ثم يتحتم اختصامهم جميعاً في جميع مراحل التقاضي كما جرى به قضاء هذه المحكمة وإلا كانت غير مقبولة».

(طعن رقم ٧ لسنة ١٩ق جلسة ١٩٥١/١/١٨)

١٢٩ ـ تسجيل عقد الاتفاق على الشفعة الرضائية:

إذا تم الاتفاق على الشفعة بين أطرافها الثلاثة على نحو ما سلف بموجب عقد عرفي، فإنه يجب تسجيل هذا العقد لتنتقل الملكية سواء فيما بين المتعاقدين أو بالنسبة للغير عملاً بالمادة التاسعة من قانون تنظيم الشهر العقاري التي تجري على أن:

«جميع التصرفات التي من شأنها إنشاء حق من الحقوق العينية العقارية الأصلية أو نقله أو تغييره أو زواله وكذلك الأحكام النهائية المثبتة لشيء من ذلك يجب شهرها بطريق التسجيل ويدخل في هذه التصرفات الوقف والوصية ويترتب على عدم التسجيل أن الحقوق المشار إليها لا تنشأ ولا تنتقل ولا تتغير ولا تزول لا بين ذوي الشأن ولا بالنسبة إلى غيرهم.

ولا يكون للتصرفات غير المسجلة ... إلخ».

أما إذا تقاعس أي من البائع أو المشتري عن الحضور أمام الموثق للتوقيع على العقد المسجل، جاز للشفيع رفع دعوى بصحة التعاقد الذي تم على الشفعة الرضائية، أي أن وسيلته لا تكون دعوى بطلب الأخذ بالشفعة لأن الشفعة قد تمت بموجب الاتفاق الذي أبرم بين أطرافها الثلاثة.

ولما كانت هذه الدعوى ترفع بصحة التعاقد فإنه يجوز دفعها استناداً إلى وجود أي عوار لحق بركن من أركان التعاقد أو بشرط من شرائط صحته، يؤدي إلى بطلانه أو إبطاله. كالإدعاء بمخالفته لحظر تملك الأجانب، أو تجاوز الحد الأقصى للملكية الزراعية أو انعدام أهلية أحد أطرافه، أو التمسك بنقص الأهلية، أو بأن الإرادة صدرت معيبة بعيب من عيوب الرضا كالغلط أو التدليس أو الإكراه. كذلك يمكن دفع هذه الدعوى بأن عقد البيع ذاته باطل بطلاناً مطلقاً... إلخ.

ومتى ثبت قيام عوار في الاتفاق على الشفعة الرضائية وأدى ذلك إلى رفض تلك الدعوى. فإن حق الشفيع في الأخذ بالشفعة يكون قد سقط، بما لا يتيح له فرصة البدء من جديد في رفع دعوى شفعة. لأن ميعاد رفعها لا يعدو ثلاثين يوماً من تاريخ إعلان الشفيع رغبته في الأخذ بالشفعة، وهو ميعاد معتبر حداً ويكون قد

انقضى حتما قبل ذلك [١]. أما إذا لم يكن قد أعلن بإبداء رغبته في الشفعة فإن باب دعوى الشفعة يظل مفتوحاً أمامه.

١٣٠ ـ ثبوت الشفعة بالتقاضي:

رأينا أن المادة (٩٤٤ مدني) تقضي بأن الحكم الذي يصدر نهائياً بثبوت الشفعة يعتبر سنداً لملكية الشفيع، وذلك دون إخلال بالقواعد المتعلقة بالتسجيل.

فالفرض الغالب أن المشتري لا يستجيب لرغبة الشفيع في الأخذ بالشفعة وعندئذ يجب على الشفيع المضي في الإجراءات على النحو السالف بيانه وأن يرفع دعوى الشفعة أمام القضاء وفي هذه الحالة بنظر القضاء دعوى الشفعة طبقاً للقواعد العامة في قانون المرافعات إلى أن ينهي الأمر بصدور حكم فيها إذا توافرت الشروط التي عرضناها فيما سلف.

وبمجرد أن يصبح هذا الحكم نهائياً بثبوت الشفعة فإنه يعتبر سنداً لملكية الشفيع. وجاء نص المادة (٩٤٤) مطابقاً تماماً للفقرة الأولى من المادة (١٨) من قانون الشفعة السابق، والذي ثار الخلاف في ظله حول طبيعة الحكم الذي يقضي للشفيع بأخذ العقار المشفوع فيه، وهل هو حكم مقرر أي كاشف لحق الشفيع في تملك

---

(١) المستشار/ عزت حنوره ص٣٠٨ وما بعدها.

العقار، أم هو حكم منشئ لهذا الحق للشفيع، وساعد على هذا الخلف، الاختلاف في تفسير عبارة «سنداً لملكية الشفيع» الواردة بالنص المذكور.

وقد ذهب الرأي السائد فقهاً إلى اعتبار الحكم الصادر في ثبوت الشفعة هو حكم منشئ لحق الشفيع وليس مقرراً له، فالشفيع لا يصبح مالكاً للعقار إلا من وقت الحكم بالشفعة، وهذا يوافق حكم الشريعة الإسلامية الذي يقضي بأن تملك العقار قضاء كان أو رضاء يعتبر شراء جديداً في حق الشفيع. ومعنى ذلك أن المشتري يعتبر مالكاً حتى صدور الحكم النهائي القاضي باستحقاق الشفيع للأخذ بالشفعة، ويكون له الشفيع للأخذ بالشفعة ويكون له الحق في الاستيلاء على الثمار إلى حين صدور هذا الحكم. فالشفيع بمجرد البيع لا يكون له الحق إلا في أن يطالب بالشفعة وهو لا يكتسب الملكية بمجرد الطلب ولا يصح أن ترجع ملكيته إلى تاريخ هذا الطلب أو تسجيله. وإذا كان المشرع قد قيد تصرفات المشتري ببعض القيود إذا حصلت بعد طلب الشفعة أو بعد تسجيل هذا الطلب فإنما ذلك رعاية منه لحق الشفيع وحتى لا يلجأ المشتري إلى الإضرار بحق الشفيع وإقامة العوائق أمامه. ولهذا قيد المشرع حق المشتري في إقامة البناء في العقار بعد طلب الشفعة (م ٩٤٦)، وقرر عدم سريان التصرفات التي تقع من المشتري في مواجهة

الشفيع إذا سجلت بعد تسجيل إعلان الرغبة (م ٩٤٧). ولو كانت الملكية تثبت للشفيع من يوم تسجيل طلب الشفعة لما احتاج المشرع إلى هذا النص الأخير. ذلك أنه لو اعتبر الحكم بالشفعة ذا أثر رجعي لقضى بمجرد صدوره على جميع التصرفات الصادرة من المشتري بغير حاجة إلى نص، لكونها صادرة من غير مالك.

ويؤيد هذا الرأي نص المادة (٩٣٨) التي تقرر أن العين الجائز أخذها بالشفعة إذا باعها مشتريها قبل أن تعلن أية رغبة في الأخذ بالشفعة أو قبل أن يتم تسجيل هذه الرغبة فلا تقام دعوى الشفعة إلا على المشتري الثاني وبالشروط التي اشترى بها. فالقانون اعتبر المشتري قبل طلب الشفعة مالكاً للعين، فإذا تصرف فيها انتقلت ملكيتها منه إلى المشتري الجديد ولا يكون للشفيع أن يطلبها إلا من هذا المشتري الجديد.

هذا وتقرر المادة (٩٤٤) أن: «الحكم الذي يصدر نهائياً بثبوت الشفعة يعتبر سنداً لملكية الشفيع». ولم يقصد المشرع بهذا النص أن يعتبر الحكم المذكور حجة أو دليلاً على الملكية التي قضى بها، وإلا لكان هذا النص عبثاً، لما هو معروف من أن للأحكام حجية بما قضت به. بل الذي أراده الشارع هو اعتبار حكم الشفعة سبباً قانونياً منشئاً لملكية الشفيع، كما أراد بنص المادة (٤٤٧) من قانون المرافعات الجديد (م ٦٨٧ قديم) اعتبار حكم البيع سبباً قانونياً

لملكية من رسا عليه المزاد. فكلمة السند لم تجئ هنا بمعنى الـــدليل أو الحجية وإنما جاءت بمعنى السبب المنشئ.

ويترتب على ما سبق أن دعوى الشفيع بريع العين عن المـــدة السابقة على حكم الشفعة تكون دعوى لا سند لها [(١)].

---

(١) محمد كامل مرسي ص٥٨١ وما بعدها – منصور مصطفى منصور ص ٣٥٩- عبد المنعم البدراوي ص٤١٠- نبيل إبراهيم ســـعد ص ٤٥٧ – المستشار عزت حنوره ص٣٠١.

وهناك آراء أخرى نوجزها فيما يلي:

١-أي يذهب إلى أن الملكية تنتقل من وقت البيع أو بعبارة أدق من وقت انتقالها إلى المشتري، على أساس أن الأحكام هي في الأصل كاشفة ومقررة وليست ناقلة، وأن من أثر الشفعة حلول الشفيع محل المشتري، وهذا الحلول يقتضي أن يكون الشفيع مالكاً من وقت تملك المشتري (السنهوري ص٩٣٢ وما بعدها) وبهذا الرأي أخذت مذكرة المشروع التمهيدي، إذ جاء بها:

«والرأي في ذلك أن الشفيع يحل محل المشتري فـــي الصـــفقة، فيملـــك من وقت البيع الأول ويعتبر المشتري كأنه لم يملك أصـــلاً، إلا إذا اســـتولى على ثمار المبيع إلى إعلان الرغبة فهو يتملك الثمار بالحيازة إذ هو حســـن النية إلى هذا الوقت، وما دام قد تملك الثمار فلا يتقاضى فائدة على الـــثمن.

ومنذ يعلن الرغبة في الأخذ بالشفعة لا يملك الثمار، وتكون للشفيع إذ هو المالك، وللمشتري أن يطالب بالفوائد من الوقت الذي لا يمتلك فيه الثمار».

(مجموعة الأعمال التحضيرية ج٦ ص٤٤٠)

٢- رأي يذهب إلى أن حكم الشفعة مقرر لملكية الشفيع وكاشف لها، وليس منشئاً للملكية. ولكنه لا يرد أثر هذا الحكم إلى تاريخ البيع، لأن الشفيع لا يملك بالعقد، بل بالشفعة وقد جعلها المشرع سبباً مستقلاً لكسب الملكية. ولا يرد أثر الحكم أيضاً إلى تاريخ طلب الشفعة إذ أن حق الشفيع لا يثبت نهائياً بمجرد إبداء رغبته في الأخذ بالشفعة، بل إن حقه يظل مهدداً بالسقوط حتى يستوفى سائر الإجراءات التي فرضها عليه القانون. وإنما يرتد حكم الشفعة بأثر رجعي إلى الوقت الذي يستكمل فيه الشفيع سائر إجراءات الشفعة وفقاً لنصوص القانون، إذ أنه عندئذ فقط يمكن القول بأنه اكتسب مركزاً قانونياً نهائياً يستند إليه حقه في تملك العقار المشفوع. ذلك بأنه حيث يقرر القانون اتباع إجراءات معينة لثبوت حق ما، فإن هذه الإجراءات تعتبر من صميم الحق ذاته. والدليل على ذلك أن المشرع قد رتب على عدم استكمال إجراءات الشفعة في مواعيد معينة سقوط الحق في الشفعة، فطالما أن هذا الحق مهدد بالسقوط، فإنه لا يمكن القول بأن الشفيع قد أصبح في مركز قانوني نهائي يؤهله لكسب الحق الذي قرره له القانون في تملك العقار المشفوع فيه.

وبما أن آخر مرحلة للمحافظة على حق الشفيع هي قيد الدعوى خـــلال ثلاثين يوماً من تاريخ إعلان إبداء الرغبة في الأخذ بالشــفعة، فقــد رتــب القانون على عدم القيد في هذه الميعاد سقوط الحق في الشفعة (م ٩٤٣)، فإنه إذا تم ذلك الإجراء في ميعاده القانوني وجب أن يرتد أثر الحكم إلى تــاريخ رفع الدعوى لأن القيد إجراء متمم لرفع الدعوى، وليس إجراء مستقلاً بذاتــه – ويستطرد هذا الرأي إلى أن ما يقول به يتفق مع رأي الإمام الشافعي الذي قال بأن الشفيع لا يملك إلا بشرط دفع الثمن للمشتري، ولم يقر ما ذهب إليه مالك وأحمد من أن الشفيع يملك بالمواثبة.

كما أنه يتفق تماماً مع القاعدة العامة التي تقــرر أن الأحكـــام كاشــفة للحقوق، لا منشئة لها، ما لم يقض القانون بخلاف ذلك. فطالما أن المشرع لم ينص صراحة على أن الحكم الذي يصدر بثبوت الشفعة يعتبر منشئاً لملكيــة الشفيع، فإنه يعد قد دل بذلك على اتجاهه إلى إخضاع هذا الحكم لتلك القاعدة (محمد على عرفه ص٥٢٩ وما بعدها).

٣- رأي يذهب إلى أن الشفيع يعتبر مالكاً ابتداء من التاريخ الذي يعلــن فيه رغبته في أخذ العقار بالشفعة، أي من تاريخ إعلان الرغبة في الشــفعة، لأن الحكم الذي يصدر نهائياً بثبوت الحق في الشفعة إنما يقر للشفيع بحــق يرجع إلى اللحظة التي استعمل فيها هذا الحق، ويمكن إدماج هذا المبدأ فــي

وقد أخذت بهذا الرأي الدوائر المجتمعة لمحكمة استئناف مصر في ٢٩ مارس ١٩٢٢ فقضت بأن الحكم الذي يقضي للشفيع بثبوت الشفعة هو الذي ينشئ الحق له في أخذ العقار وتملكه، وأنه قبل ذلك لم يكن صاحب حق في تملك العقار حتى يكون الحكم مقرراً أو كاشفاً له.

ثم أخذت بهذا الرأي بعد ذلك محكمة النقض إذ ذهبت إلى أن:

١- «وحيث إن الشارع إذا كان قد نص في المادة ١٨ من قانون الشفعة على أن حكم الشفعة يعتبر سنداً لملكية الشفيع Titre de propriété فإنه لم يرد بهذا النص أن يعتبر الحكم المذكور حجة أو دليلاً على الملكية التي قضى بها، وإلا لكان هذا النص عبثاً مع وجود المادة ٢٣٢ التي نصت على حجية الأحكام. بل الذي أراده الشارع هو اعتبار حكم الشفعة سبباً قانونياً cause juridique لملكية الشفيع، كما أراد بنص المادة ٥٨٧ من قانون المرافعات اعتبار حكم البيع سبباً قانونياً لملكية من رسا عليه المزاد، وكما أراد بنص المادة ٦٠٨ من القانون المدني اعتبار

تعريف حق الشفعة (المسيو فان أكر أثناء مناقشة لجنة المرحوم كامل صدقي باشا محضر جلسة ١٩٣٨/٣/١١).

(مجموعة الأعمال التحضيرية ج٦ ص٤٣٣ هامش ١١)

مجرد وضع اليد سبباً صحيحاً لملكية واضع اليد علـــى المنقــول. وكلمة سند Titre التي وردت في هذه النصوص كلها إنما جــاءت على معنى السبب القانون المنشئ لحق الملكية، ولم تجئ على معنى دليل الملكية أو حجيتها. ومتى كان حكم الشفعة في نظر القانون هو سبب ملكية الشفيع ومنشأها فإن مقتضى هذا النظر ولازمـــه أن لا يصير المشفوع إلى ملك الشفيع إلا بعد هذا الحكم أما قبله فلا، لأن المسبب لا يوجد قبل سببه، ولأن ما جعله الشـــارع مـــن الأحكـــام منشئاً للحقوق لا ينسحب على الماضي.

وحيث إن ما جاء في المادة العاشرة من قانون الشفعة مقيداً حق المشتري في أن يبني وأن يغرس في العين المشفوعة، وما جاء في المادة الثانية عشرة قاضياً بأن لا يسري على الشفيع كل رهن مـــن المشتري وكل حق اختصاص حصل عليه دائنوه وكل بيع وكل حق عيني قبله المشتري أو اكتسبه الغير ضده بعد تسجيل طلب الشفعة- ما جاء من ذلك في قانون الشفعة لا يمكن أن يفيد أن الشـــارع قـــد أراد أن يجعل حكم الشفعة ذات أثر رجعي، لأن هذا الأثر لا يسقيم إلا على تقدير أن مجرد طلب الشفعة يجعل المشتري مالكـــاً تحـــت شرط فاسخ هو الحكم بالشفعة ويجعل في الوقت نفسه الشفيع مالكـــاً تحت شرط توقيفي هو الحكم له بطلبه بحيث إذا صدر هذا الحكـــم وتحقق الشرط الفاسخ لملك المشتري والموقف لملك الشفيع زالـــت

ملكية المشتري واعتبرت كأن لم تكن واعتبر الشفيع مالكاً منذ إعلان طلبه. وهذا تقرير غير مقبول، لأن حق الشفيع الذي سيتولد عند البيع هو حق متعلق بعقار Jusasdrem لاحق ملكيته، وهو لا يخول صاحبه مداعاة المشتري بدعوى شخصية. ثم إن الأصل في التصرفات التنجيز والتعليق يثبت بعارض من الشرط. والتعليق بالشرط لا يكون إلا في الالتزامات الاتفاقية. وإذن فلا يمكن أن يثبت للمشتري- الذي اشترى بعقد غير مضاف ولا معلق على شرط ولا مقترن به ثم سجل عقده- إلا حق ملكية تامة ناجزة تبقى له إلى أن تزول عنه بسبب من الأسباب التي تؤدي إلى هذا الزوال. أما أن تتحول هذه الملكية التامة الناجزة إلى ملكية معلقة لمجرد أن البيع الذي كان علة لها قد ولد حقاً لمن قام به سبب من أسباب الشفعة فذلك لا يتأتى قانوناً.

هذا كله إذا كان الشارع المصري قد أتى من عنده بجديد فيما أورده من أحكام المادتين العاشرة والثانية عشرة من قانون الشفعة ليجوز الخلاف على مراده من إيراد هذه الأحكام، وليجوز القول في غمرة هذا الخلاف بأنه أراد بها أن يجعل حكم الشفعة ذا أثر رجعي.

لكن الواقع أن الشارع أخذ أحكام هاتين المادتين جملة من فقه الحنفية. فقد كان الرأي عند أبي يوسف أن الشفيع ليس له حق

تكليف المشتري بهدم البناء وقلع الشجر لكن إذا أصر على الأخـــذ بالشفعة أخذ العقار بثمنه مضافاً إليه قيمة البناء أو الشـــجر بـــاقيين على الأرض. ووجه هذا الرأي أن المشتري لم يكن في بنائــــه ولا في غرسه متعدياً لأنه إنما غرس وبني في ملكه. فإذا أراد الشــفيع أخذ ملكه جبراً عنه وجب ألا يترتب على ذلك ضرر.

وليس في أخذه على هذا الوجه ضرر بأحدهما، لأن الشفيع يأخذ ما زاد في الأرض بقيمته والمشتري قد عوض عنه بهـذه القيمـــة، وإذا كان في إلزام الشفيع بأخذ شيء قد لا يرغب فيه بعض ضرر، فهو أدنى من ضرر المشتري حين يؤخذ منه البناء والشجر بقيمتها مقلوعين. وعند تعارض الضرر يحتمل الأقل.وكان الرأي عند أبي حنيفة أن الشفيع بالخيار إن شاء أخذ الأرض بالثمن والبناء والغرس بقيمتهما مقلوعين، وإن شاء أجبر المشتري على القلع. ووجه هـــذا الرأي أن المشتري كان عليه أن يتريث إلى أن يفصــــل فـــي أمــر الشفعة، وإذا لم يفعل وبنى وغرس في عين تعلق بها حـــق غيـــره لزمه أن يتحمل ما يترتب على فعله هذا من ضــــرر. وقـــد وقـــف الشارع المصري بين هذين الرأيين فأخذ بالثاني في الحـــال التـــي يكون فيها البناء أو الغراس بعد الطلب، لأن المشتري يكون قد أقدم على البناء أو الغراس وهو يعلم أن العين قد تؤخذ منه. فإن كلـــف القلع أو الهدم وحدث له ضرر فهو الجاني على نفسه، وأخذ بالرأي

الأول إذا كان البناء أو الغراس قبل الطلب لأنه عسى أن يكون المشتري غير متوقع الطلب بالشفعة ثم هو يتصرف في ملكه.

وكما استمد الشارع المصري من فقه الحنفية ما شرعه من أحكام لتصرفات المشتري المادية في العين المشفوعة، كذلك استمد من هذا الفقه نفسه ما شرع من أحكام للتصرفات القانونية في هذه العين. إذ المقرر في الفقه الحنفي أنه إذا تم عقد البيع بين البائع والمشتري ثبت ملك المشتري في البيع، ولا ترفعه مطالبة الشفيع أن يأخذه بالشفعة، وإنما يثبت للشفيع بهذه المطالبة حق متعلق بالمبيع، وهذا الحق هو استحقاقه لأخذه جبراً عن المشتري إذا رغب في ذلك وأنفذ تلك الرغبة. وهذا الحق لا يحول بين المشتري وبين التصرف في ملكه. لا فرق في ذلك بين أن يصدر ذلك منه قبل المطالبة بالشفعة وأن يصدر بعدها. فتعتبر تصرفاته نافذة من وقت تمامها، لكنها مع ذلك تكون عرضة للنقض والإبطال إذا قضى للشفيع بالشفعة، إذ يكون له في هذه الحال أن يمضي هذه التصرفات وأن يفسخها، بناء على أن المشتري قد تصرف فيما تعلق به حق غيره، فلا ينفذ تصرفه فيها للإضرار بالشفيع. وهذا الذي قرره علماء الحنفية قد أجرى الشارع المصري حكمه في المادة الثانية عشرة من قانون الشفعة على ما صدر من المشتري من تصرفات في العين المشفوعة بعد تسجيل طلب أخذها بالشفعة

لأن الشارع، وقد أوجب تسجيل هذا الطلب، كان خليقاً بأن يجعل هذا التسجيل شرطاً لحق الشفيع في نقض تصرفات المشتري. ومن هذا يبين أن الفقه الحنفي هو مصدر قانون الشفعة فيما شرعه من أحكام المادتين العاشرة والثانية عشرة. ولما كان هذا الفقه لا يعرف الأثر الرجعي ولا الاستناد، أي ثبوت الحكم في الحال مستنداً إلى ما قبله، إلا في تصرفات الفضولي إذا أجيزت وغيرها مما لا يدخل في باب التعليقات، وكانت هذه الأحكام بناءً على ذلك مخرجة فيه لا على فكرة الأثر الرجعي بل على فكرة العدل والبعد عن الجور والتوفيق بالقدر المستطاع بين ما تعارض من مصلحتي المشتري والشفيع، فإن القول بأن الشارع المصري – الذي أخذ هذه الأحكام معلولة بعلاتها الفقهية– قد دل بما شرعه منها على جعل حكم الشفعة ذا أثر رجعي يكون قولاً ظاهر الفساد.

وحيث إن النص في المادة الثالثة عشرة من قانون الشفعة على حلول الشفيع محل المشتري في حقوقه والتزاماته بالنسبة إلى البائع، لا يمكن أن يفيد ما ذهب إليه الطاعن من اعتبار الشفيع الذي حكم له بطلبه حالاً محل المشتري منذ هذا الطلب، إذ اعتباره كذلك لا يجوز إلا على تقدير أثر رجعي لحلوله محل المشتري، وهو تقدير يتنافى مع ما تقرر قبل من أن حكم الشفعة منشئ لا مقرر لحق الشفيع، لأن لازم كونه منشئاً أن لا تتصل العين المشفوعة بملك

الشفيع إلا بعد الحكم، ولما كانت ملكية الشفيع لهذه العين هي جوهر الحق الذي يحل فيه محل المشتري، وكان إسناد هذه الملكية للشفيع قبل الحكم له بالشفعة ممتنعاً، فإن حلوله فيها قبل الحكم بالشفعة يكون ممتنعاً أيضاً. هذا وإن كان العمل قد جرى في فرنسا على غير ذلك في خصوص حق الاسترداد الوراثي، فذلك لأن الشارع هناك لم يجعل حكم الاسترداد منشئاً لحق المسترد، كما جعل الشارع هنا حكم الشفعة منشئاً لحق الشفيع، وعلى هذا يكون الحكم المطعون فيه قد أصاب الرأي إذ قال – تأسيساً على المادة ١٨ من قانون الشفعة– إن هناك فرقاً بين حق طلب الشفعة وحق التملك بها، وإنه إذا كان الحق الأول يوجد بالبيع مع قيام المسوغ فإن الحق الثاني لا يوجد إلا بقبول المشتري أو القاضي نيابة عنه. ومن أجل هذا كان حكم الشفعة مقرراً لحق الشفيع في طلب الأخذ، منشئاً لأثر هذا الطلب في حلول الشفيع محل المشتري على ما نصت عليه المادة ١٣ من قانون الشفعة. ولا يعيب الحكم المذكور ما جاء فيه مشيراً إلى أن هذا الرأي الذي ارتآه متفق مع رأي الحنفية في الملك بالشفعة، لأنه لم يقم قضاءه على رأي الحنفية ليصح النعي عليه بأن هذا الرأي ليس مجمعاً عليه عندهم وأنه على فرض الإجماع عليه لا يقيد القضاء المدني، بل أقام قضاءه على ما استمده استمداداً

صحيحاً من نصوص المادتين ١٨ و١٣ من قانون الشـفعة.ولهـذا يكون الوجهان الأول والثاني من وجوه الطعن واجبي الرفض.

وحيث إن النص في الفقرة الأخيرة من المادة الثالثة عشرة من قانون الشفعة على أن الشفيع ليس له في حالة الاستحقاق أن يرجع إلا على البائع – هذا النص لا يمكن أن يفيد زوال ملك المشـتري للعين المشفوعة بمجرد حكم الشفعة واعتباره كأنه لم يكن مالكاً لهذه العين، على نحو ما قال الطاعن في الوجه الثالث من وجوه طعنـه مستدلاً به على استثناء حكم الشفعة وسريانه علـى الماضـي، لأن الشفيع إذ يرجع بالضمان في حالة الاستحقاق إنما يستعمل حقاً مـن حقوق المشتري الذي حل محله، ولا يتأتى مع هذا الوضع أن يرجع على المشتري نفسه بل الذي يتأتى أن يرجع على البائع الذي ادعى ملك ما باع ثم نقضت دعواه بالاستحقاق. وعلى ذلك فلا تعـارض بين نفي الأثر الرجعي لحكم الشفعة واعتبار المشتري مالكاً إلى يوم هذا الحكم وبين إيجاب الضمان في حالة الاستحقاق على البائع دون المشتري. كذلك لا تعارض بين اعتبار المشتري مالكاً إلا يوم الحكم بالشفعة وبين ما جاء من الأحكام في الفقه الإسلامي خاصـاً ببنـاء المشتري أو غرسه في العين المشفوعة، لأن هذه الأحكـام لـيس مبناها عند الحنفية اعتبار المشتري غاصباً، كما زعم الطاعن فـي الوجه الأخير من وجوه الطعن، بل مبناها اعتبار المشتري خاطئـاً

ببنائه أو غرسه في ملكه الذي تعلق به حق الشفيع. أما قول الطاعن بأن اعتبار المشتري مالكاً إلى يوم الحكم في الشفعة فيه افتيات على القاعدة التي تقضي بأن الأحكام مقررة لا منشئة للحقوق فـــرده أن الشارع نفسه هو الذي جعل حكم الشفعة منشئاً لحق الشـــفيع كمـــا جعل حكم البيع منشئاً لحق الراسي عليه المزاد فكان النزول علـــى حكم الشارع واجباً لا معدي عنه.

وحيث إنه وقد بان مما تقدم أن العين المشفوعة لا تصير إلـــى ملك الشفيع في غير حال التراضي إلا بـــالحكم النهـــائي القاضـــي بالشفعة، فإن دعوى الشفيع بريع هذه العين عن المدة السابقة علـــى هذا الحكم تكون دعوى لا سند لها من القانون. ولا يغير مـــن هـــذا النظر أن يكون الشفيع قد عرض الثمن على المشتري عرضاً حقيقياً وأن يكون قد أودعه خزانة المحكمة إثر رفضه، لأنه ما كان ليصبح مديناً بالثمن للمشتري بمجرد طلب الشفعة ولا كان ملزمـــاً قانونـــاً بعرضه ولا بإيداعه. فإذا كان قد ألزم نفسه بما لم يلزمه به القانون فهو وشأنه. على أنه ليس له أن يتوسل بفعله إلى حرمان المشتري من حقه. وعلى هذا يكون الحكم المطعون فيه قد أصاب إذ قصـــر مسئولية المطعون ضده عن ريع العين التي اشتراها علـــى المـــدة التالية للحكم القاضي للطاعن بالشفعة. ويكون الطعـــن علـــى هـــذا الحكم متعين الرفض موضوعاً».

(طعن رقم ٨٥ لسنة ١٥ق جلسة ١٩٤٦/١٠/٣١)

٢- «نصت المادة ١٨ من قانون الشفعة - القديم- على أن الحكم الذي يصدر نهائياً بثبوت الشفعة يعتبر سنداً لملكية الشفيع، ومن مقتضى هذا النص أن العين المشفوع فيها لا تصير إلى ملك الشفيع إلا بالحكم النهائي القاضي بالشفعة، إذ هو سند تملكه. وينبني على ذلك أن يكون ريع هذه العين من حق المشتري وحده عن المدة السابقة على تاريخ هذا الحكم ولا يكون للشفيع حق فيه إلا ابتداء من هذا التاريخ فقط حتى لو كان قد عرض الثمن على المشتري عرضاً حقيقياً أو أودعه على ذمته خزانة المحكمة إثر رفضه، وبذلك لا يكون هناك محل للتفريق بين حالة ما إذا كانت الشفعة قد قضى بها الحكم الاستئنافي بعد أن كان قد رفضها الحكم الابتدائي وحالة ما إذا كان قد قضى بها الحكم الابتدائي المؤيد بالحكم الاستئنافي، إذ العبرة في الحالتين بالحكم النهائي سواء أكان ملغياً أم مؤيداً للحكم الابتدائي.

وإذن فمتى كان الواقع في الدعوى هو أن المطعون عليهم اشتروا الأطيان والتزموا بدفع ثمنها رأساً إلى البنك المرتهن لأطيان البائعين الشائعة فيها الأطيان المبيعة خصماً من دين الراهن المستحق على البائعين، ولما أن قضى بأحقية الطاعن في أخذ الأطيان المبيعة بالشفعة حل محل المطعون عليهم فيما التزموا به

من دفع كامل ثمن الأطيان المشفوع فيها إلى البنك المرتهن رأساً وقام بدفع هذا الثمن إلى البنك مع فوائده من تاريخ استحقاقه، ثم أقام دعواه على المطعون عليهم يطالبهم بريع الأطيان من تاريخ طلب أخذها بالشفعة حتى تاريخ تسلمه لها فقضى الحكم المطعون فيه برفضها- فإن الحكم يكون قد أصاب إذ قضى برفض الدعوى في خصوص ريع المدة السابقة على تاريخ صدور الحكم الاستئنافي المؤيد للحكم الابتدائي القاضي بالشفعة، إذ مجرد دفع الطاعن ثمن الأطيان وفوائده وحلوله محل المطعون عليهم لا يكسبه أي حق في الريع عن المدة سالفة الذكر، إلا أن الحكم من جهة أخرى يكون قد أخطأ في خصوص قضائه برفض طلب الريع عن المدة التالية للحكم النهائي بأحقية الطاعن في الشفعة»

(طعن رقم ٢١٦ لسنة ١٨ق جلسة ١٩٥١/٢/١٥)

٣- «استقر قضاء محكمة النقض في ظل أحكام دكريتو ٢٣ من مارس سنة ١٩٠١ بقانون الشفعة على أن ملكية الشفيع للعين المشفوع فيها لا تنشأ إلا برضاء المشتري بالشفعة أو بالحكم الصادر بها وأن هذه الملكية لا يرتد أثرها إلى تاريخ البيع الحاصل للمشتري ولا إلى تاريخ المطالبة بالشفعة. ولم يعدل القانون المدني الجديد شيئاً من أحكام ذلك الدكريتو في هذا الخصوص فجاء نص المادة ٩٤٤ مطابقاً لنص المادة ١٨ من الدكريتو من أن الحكم الذي

يصدر نهائياً بثبوت الشفعة يعتبر سنداً لملكية الشفيع وانتهى المشرع إلى ترك الأمر في تحديد ملكية الشفيع إلى ما كان عليه الحكم قبل إصدار القانون المدني الجديد – وعلى ذلك فلا تنتقل الملكية للشفيع في ظل القانون المدني الحالي إلا من تاريخ الحكم بالشفعة».

(طعن رقم ٢٣٥ لسنة ٢٣ق جلسة ١٩٥٧/١١/١٤)

٤- «مقتضى نص المادة ١٨ من قانون الشفعة القديم الصادر به دكريتو ٢٣ مارس سنة ١٩٠١ أن العين المشفوع فيها تصير إلى ملك الشفيع بالحكم النهائي القاضي بالشفعة إذ هو سند تملكه المنشئ لهذا الحق، ومن ثم يكون ريع هذه العين من حق الشفيع من هذا التاريخ إن كانت مما يغل ثمرات وتنقطع صلة المشتري بها ولا يكون له ثمة حق عليها وتنحصر حقوقه قبل الشفيع في الثمن والتضمينات ولا يغير من ذلك عدم قيام الشفيع بأداء الثمن ذلك أنه إذا لم يحدد الحكم القاضي بالشفعة ميعاداً معيناً لهذا الأداء فإن حكم الشفعة يستمر حافظاً قوته في مصلحة الشفيع حتى يصدر حكم بإلغائه لعدم دفع الثمن أو حتى يسقط بمضي المدة في حالة عدم تنفيذه».

(طعن رقم ٣٤٨ لسنة ٢٤ق جلسة ١٩٥٩/٤/٢)

٥- (أ)«عندما نظم المشرع أحكام الشفعة في التقنين المدني الجديد انتهى إلى ترك الأمر في تحديد تاريخ بدء ملكية الشفيع إلى ما كان عليه الحكم قبل صدور هذا التشريع فجاء نص المادة ٩٤٤ منه مطابقاً في هذا الصدد لنص المادة ١٨ من قانون الشفعة القديم – التي كانت تنص على أن «الحكم الذي يصدر نهائياً بثبوت الشفعة يعتبر سنداً لملكية الشفيع» ومؤدى هذا ألا يصير المشفوع إلى ملك الشفيع إلا بعد هذا الحكم. أما ما أورده القانون في المادة ٢/٩٤٢ من إلزام الشفيع بإيداع الثمن خلال ثلاثين يوماً من تاريخ إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة- فلم يقصد به تغيير الوضع وهو لا ينم عن رغبة المشرع في العدول إلى رأي القائلين بارتداد ملكية الشفيع إلى وقت إتمام إجراءات المطالبة بالشفعة – وإنما كان ذلك تمشياً مع اتجاهه في التضييق من حق الشفعة وضماناً لجدية طلبها – وطالما أن حق الشفيع في العين المشفوع فيها لا يستقر إلا بصدور الحكم له بالشفعة فلا محل للقول باستحقاق الريع ابتداء من تاريخ إيداع الثمن».

(ب) «النص في المادة ٩٤٥ من القانون المدني الجديد على حلول الشفيع محل المشتري في حقوقه والتزاماته بالنسبة إلى البائع هو نص لم يستحدث حكماً جديداً بل هو مماثل لنص المادة ١٣ من قانون الشفعة القديم- وهو لا يفيد اعتبار الشفيع الذي حكم له بطلبه

حالاً محل المشتري في الريع منذ قيام الطلب- إذ اعتباره كـذلك- وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض- لا يجوز إلا على تقريـر أثر رجعي لحلوله محل المشتري الأمر الذي يتنافى مـع مـا هـو مقرر من أن حكم الشفعة منشئ لا مقرر لحق الشفيع مما يمتنع معه القول بحلوله محل المشتري قبل الحكم نهائياً بالشفعة – وإذ كان من آثار عقد البيع نقل منفعة المبيع إلى المشتري- المشفوع منه- فـإن ثمرته تكون له من تاريخ إبرام البيع ما لم يوجد اتفـاق مخـالف – ولما كان الحكم المطعون فيه قد انتهى في قضائه إلى تقرير حـق المشترين في ريع العين المشفوعة من تاريخ تنازل البائعين لهم عن عقد إيجارها حتى صدور حكم نهائي بالشفعة لصالح الشفيع فإنه لا يكون قد أخطأ في تطبيق القانون».

(طعن رقم ٩٢ لسنة ٢٥ق جلسة ١٤/٥/١٩٥٩)

٦- « الحكم النهائي القاضي بالشفعة يعتبر سنداً لملكية المحكوم له للعين المشفوع فيها مقابل قيامه بدفع الثمن المبين في الحكم فإذا كان هذا الحكم لم يحدد ميعاداً لدفع هذا الثمن ورفعت على المحكوم له بالشفعة دعوى بطلب سقوط حكم الشفعة لتخلفه عن دفع الـثمن فإن هذه الدعوى هي في حقيقتها بمثابة طلب فسـخ سـند التمليـك وللمحكوم له بالشفعة أن يتوقى الفسخ بدفع الثمن المحدد في حكـم الشفعة إلى وقت صدور الحكم النهائي في هذه الدعوى».

(طعن رقم ٣٧ لسنة ٣٠ق – جلسة ١٩٦٤/١٢/٣)

٧- "الشفعة رخصة تجيز تمليك العقار المبيع كله أو بعضه ولو جبرا على المشتري والبائع بما قام عليه من الثمن والمؤن، والحكم الذي يصدر نهائياً بثبوتها يعتبر سنداً لملكية الشفيع يقوم مقام عقد البيع الذي يترتب عليه أن يحل الشفيع قبل البائع محل المشتري في جميع حقوقه والتزاماته، لما كان ذلك فإنه يجب على الحكم بهذه المثابة أن يعني بتحديد الثمن الذي يلتزم الشفيع بدفعه مقابل تملكه العقار، سواء للبائع إذا لم يكن قد قبضه أو للمشتري إذا كان قد أداه».

(طعن رقم ٥٧٥ لسنة ٣٥ق جلسة ١٩٧٠/٣/١٩)

٨- "إذا كانت ملكية الشفيع للعين المشفوع فيها – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – إذ لا تنشأ إلا برضاء المشتري بالشفعة أو بالحكم الصادر بها ولا يرتد أثر هذه الملكية إلى تاريخ البيع الحاصل للمشتري ولا إلى تاريخ المطالبة بالشفعة وفقاً لنص المادة رقم ٩٤٤ من القانون المدني التي تنص على أن الحكم الذي يصدر نهائياً بالشفعة يعتبر سنداً للشفيع وذلك دون إخلال بالقواعد المتعلقة بالتسجيل، فإن الحكم المطعون فيه إذ اعتد بملكية الشفعاء وقت الحكم مضافاً إليها الأطيان المشفوع فيها باعتبارها معاً لا تتجاوز ملكيتهم أو ملكية أحدهم الحد الأقصى للملكية وفقاً للقانون

دون الاعتداد بملكيتهم وقت حصول البيع المشفوع فيه باعتبار البيع سبباً للمطالبة بالشفعة وليس سبباً منشئاً لملكية الشفيع للعقار المشفوع فيه يكون قد أصاب صحيح القانون».

(طعنان رقما ٢٨١، ٩٥٢ لسنة ٤٩ق جلسة ١٩٨١/٣/١٢)

٩- «المقرر في قضاء هذه المحكمة أنه لئن كان حق الشفيع في طلب الأخذ بالشفعة إنما ينشأ بالبيع من قيام المسوغ إلا أن العين المشفوعة لا تعتبر على ملك الشفيع- في غير حالة التراضي- إلا بالحكم النهائي القاضي بالشفعة- إذ أن المشرع عندما نظم أحكام الشفعة في التقنين المدني الحالي انتهى إلى ترك الأمر في تحديد بدء تاريخ ملكية الشفيع إلى ما كان عليه الحكم قبل صدور هذا التشريع فجاء نص المادة ٩٤٤ منه مطابقاً في هذه الصدد لنص المادة ١٨ من قانون الشفعة القديم، وهو إذ كان ينص في هذه المادة على أن حكم الشفعة يعتبر سنداً لملكية الشفيع إنما أراد بالسند السبب القانوني المنشئ لحق الملكية لا دليل الملكية أو حجتها. ومقتضى هذا النظر ولازمه أن العقار المشفوع فيه لا يصير إلى ملك الشفيع إلا بعد هذا الحكم أما قبله فلا، لأن المسبب لا يوجد قبل سببه، ولأن ما جعله المشرع من الأحكام منشئا للحقوق لا ينسحب على الماضي. ولا يفيد أن لحكم الشفعة أثراً رجعياً ما جاء في المادة ٩٤٦ من القانون المدني من أن للمشتري الحق في البناء

والغراس في العين المشفوعة، ولا ما جاء في المادة ٩٤٧ من أنـــه لا يسري في حق الشفيع أي رهن رسمي أو أي حق اختصاص أخذ ضد المشتري ولا أي بيع صدر من المشتري ولا أي حـــق عينـــي رتبه أو ترتب ضده إذا كان كل ذلك قد تم بعد التاريخ الذي ســـجل فيه إعلان الرغبة في الشفعة، لأن المشرع إنما أخذ أحكام المادتين جملة من فقه الحنفية وهي مخرجة فيـــه، لا علـــى فكـــرة الأثـــر الرجعي، بل على فكرة العدل والبعد عن الجور والتوفيـــق بالقـــدر المستطاع بين ما تعارض من مصلحة المشتري والشفيع، وكذلك لا يتعارض القول بتملك الشفيع من وقت الحكم بالشفعة مع ما نـــص عليه في المادة ١/٩٤٥ من حلول الشفيع محل المشتري في جميـــع حقوقه والتزاماته بالنسبة إلى البائع ولا مع ما نص عليه في فقرتها الثالثة من أن الشفيع ليس له في حالة استحقاق العقار للغيـــر بعـــد أخذه بالشفعة أن يرجع إلا على البائع- فإن هذا لا يـــدل علـــى أن الشفيع يحل محل المشتري من وقت طلب الشفعة».

(طعن رقم ١٧٢٧ لسنة ٤٩ق جلسة ١٩٨٤/١/١٩)

١٠- «المقرر في قضاء هذه المحكمة- أن الحكم الذي يصـــدر نهائياً بثبوت الشفعة يعتبر سنداً لملكية الشفيع يقوم مقام عقد البيـــع الذي يترتب عليه أن يحل الشفيع قبل البائع محل المشتري في جميع حقوقه والتزاماته».

(طعن رقم ٩٢٣ لسنة ٥٩ق جلسة ١٩/١/١٩٩٤)

١٣١ ـ وجوب تحديد الثمن في الحكم بثبوت الشفعة:

الحكم القضائي النهائي الذي يصدر بثبوت الشفعة للشفيع – كما رأينا سلفاً– هو السند القانوني الذي يتملك بمقتضاه العقار المشفوع فيه. ويصبح الشفيع بموجبه بمثابة المشتري إذ يقوم الحكم مقام عقد البيع الذي يترتب عليه أن يحل الشفيع قبل البائع محل المشتري في جميع حقوقه والتزاماته. ومن ثم يجب على الحكم أن يحدد الالتزام المقابل لهذا الحق، وذلك بتحديد الثمن الذي يلتزم الشفيع بدفعه مقابل تملكه العقار، وأن يبين صاحب الحق في تقاضي هذا الثمن أي ما إذا كان البائع أو المشتري ولا يغير من ذلك ألا يكون الثمن المودع خزانة المحكمة محل نزاع.

وقد قضت محكمة النقض بأن:

«الشفعة رخصة تجيز تمليك العقار المبيع كله أو بعضه ولو جبراً على المشتري والبائع بما قام عليه من الثمن والمؤن، والحكم الذي يصدر نهائياً بثبوتها يعتبر سنداً لملكية الشفيع يقوم مقام عقد البيع الذي يترتب عليه أن يحل الشفيع قبل البائع محل المشتري في جميع حقوقه والتزاماته. لما كان ذلك فإنه يجب على الحكم بهذه المثابة أن يعني بتحديد الثمن الذي يلتزم الشفيع بدفعه مقابل تملكه

العقار، سواء للبائع إذا لم يكن قد قبضه أو للمشتري إذا كـــان أداه وإذ كان الحكم قد أغفل النص في أسبابه ومنطوقـــه علـــى الـــثمن الواجب على الشفيع دفعه لقاء امتلاك العين المشفوع فيهـــا، فإنـــه يكون قد خالف القانون، ولا يغير من ذلك تقريره في الأســـباب أن الثمن مودع وغير متنازع فيه، إذ يتعين عليه أن يبين صاحب الحق في هذا الثمن المودع».

(طعن رقم ٥٧٥ لسنة ٣٥ ق جلسة ١٩٧٠/٣/١٩)

ويجوز للشفيع الطعن بالتماس إعادة النظر على تحديـــد الـــثمن على أساس وقوع غش مـــن خصـــميه فـــي الـــدعوى – البـــائع والمشتري– بما اقترفاه من خداع عن طريق صورية الثمن. ذلـــك أن الصورية تنطوي على الإيهام بمظهر كاذب أفـــرغ فـــي شـــكل يوحى بالجدية في حين أنه يستر حقيقة أخرى خافية تتعارض مـــع هذا المظهر الكاذب. ومتى انخدع قضاء المحكمة بهذا التحايل، فإن الحكم يكون قد تأثر بذات الغش الذي يؤدي افتضاح أمره إلى فـــتح باب الطعن في الحكم بطريق التماس إعادة النظر خـــلال أربعـــين يوماً من اليوم الذي ظهر فيه الغش عمـــلاً بالمـــادتين ٢٤١، ٢٤٢ مرافعات[1].

---

(١) المستشار عزت حنوره ص٣٠٢ وما بعدها – وقد قضت محكمة النقض

١٣٢ ـ تسجيل الحكم النهائي الصادر بثبوت الشفعة:

رأينا أن المادة (٩٤٤ مدني) تنص على أن الحكم الذي يصدر نهائياً بثبوت الشفعة يعتبر سنداً لملكية الشفيع، **وذلك دون إخلال بالقواعد المتعلقة بالتسجيل.**

وكانت المادة (١٨) من قانون الشفعة الملغي تنص على أن الحكم الذي يصدر نهائياً بثبوت الشفعة يعتبر سنداً لملكية الشفيع، وعلى المحكمة تسجيله من تلقاء نفسها.

بأن:

١- «لما كان الحكم بثبوت الشفعة يعتبر سنداً لملكية الشفيع للعين المشفوع فيها مقابل قيامه بدفع الثمن، وكانت الدعوى بطلب سقوط حكم الشفعة هي في حقيقتها بمثابة طلب فسخ سند التمليك، فإن قيمتها تقدر بالثمن المقدر بالسند - وهو حكم الشفعة- عملاً بالمادة ٣٧ من قانون المرافعات».

(طعن رقم ٣٥٦ لسنة ٢٦ق - جلسة ١٩٦١/٣/٣٠)

٢- «وجوب اختصام البائع والمشتري في دعوى الشفعة إجراء أوجبه القانون على خلاف الأصل الذي يقضي بأن المدعي حر في توجيه دعواه إلى من يشاء فلا يجوز التوسع في مفهوم هذا الاستثناء. ولما كان ذلك وكانت دعوى الشفعة تنتهي بصدور الحكم فيها فإنه لا يشترط لقبول الدعوى التي ترفع بطلب سقوط حكم الشفعة اختصام البائع فيها».

(طعن رقم ٣٥٦ لسنة ٢٦ق جلسة ١٩٦١/٣/٣٠)

وكانت الفقرة الأولى من المادة (١٣٩٣) من المشروع التمهيدي (المقابلة للمادة ٩٤٤ مدني توجب أيضاً «على المحكمة تسجيله (أي الحكم) من تلقاء نفسها». إلا أن لجنة المراجعة رأت تعديل حكم الفقرة الأولى بترك أمر تسجيل حكم الشفعة لقواعد الشهر بعد فصلها عن القانون المدني[1].

ومن ثم فإنه طبقاً للرأي الذي ذهب إلى أن الشفيع لا يملك إلا بالتراضي أو بحكم القاضي والذي أيدته محكمة النقض، يكون حكم الشفعة ناقلاً للملك وليس مقرراً له، ومن ثم فإنه يترتب على ذلك أن حكم الشفعة لا ينقل الملكية إلى الشفيع إلا من يوم تسجيله، وذلك تطبيقاً للمادة التاسعة من قانون تنظيم الشهر العقاري رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ التي تجري على أن:

«جميع التصرفات التي من شأنها إنشاء حق من الحقوق العينية العقارية الأصلية أو نقله أو تغييره أو زواله وكذلك الأحكام النهائية المثبتة لشيء من ذلك يجب شهرها بطريق التسجيل ويدخل في هذه التصرفات الوقف والوصية.

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ج٦ ص٤٣٠.

ويترتب على عدم التسجيل أن الحقوق المشار إليها لا تنشأ ولا تنتقل ولا تتغير ولا تزول لا بين ذوي الشأن ولا بالنسبة إلى غيرهم... إلخ».

ويقوم الشفيع بإجراءات التسجيل وفقاً لما قررته المادة ٢٠ من قانون تنظيم الشهر العقاري من أنه: «تتم إجراءات الشهر في جميع الأحوال بناء على طلب ذوي الشأن أو من يقوم مقامهم»[١].

---

(١) محمد على عرفه ص٥٣٤.

آثار الشفعة:

مادة (٩٤٥)

١- يحل الشفيع قبل البائع محل المشتري في جميع حقوقه والتزاماته.

٢- وإنما لا يحق له الانتفاع بالأجل الممنوح للمشتري في دفع الثمن إلا برضاء البائع.

٣- وإذا استحق العقار للغير بعد أخذه بالشفعة، فليس للشفيع أن يرجع إلا على البائع.

الشرح

١٣٣ ـ حلول الشفيع قبل البائع محل المشتري:

تنص الفقرة الأولى من المادة على أن: «يحل الشفيع قبل البائع محل المشتري في جميع حقوقه والتزاماته».

فالشفعة في نظر القانون هي تحويل الحقوق والالتزامات ما بين البائع والمشتري إلى ما بين البائع والشفيع، فتزول صلة البائع بالمشتري فيما لكل منهما من حقوق على الآخر بموجب عقد البيع، لتكون صلته في تلك الحقوق بالشفيع.

فعقد البيع الذي انتقلت به الملكية إلى المشتري لا ينفسخ بالحكم الصادر بثبوت الشفعة وإنما تتحول الالتزامات والحقوق التي تكون قد ترتبت على هذا العقد من ذمة المشتري إلى ذمة الشفيع منذ

صدور الحكم النهائي. وعلى هذا فإن المشتري يكون مالكاً إلى حين الحكم النهائي بالشفعة، وبالحكم النهائي يحل محله الشفيع في العقد.

ويحل الشفيع محل المشتري في جميع حقوقه والتزاماته كما وردت تماماً في العقد المبرم بين البائع والمشتري. فإن كان عقد البيع قد أوجب على المشتري التزامات خاصة فإن الشفيع يلتزم بها فلو وجد في العقد شرط يلزم المشتري ببناء منزل للسكنى في الأرض المبيعة خلال عام من وقت البيع وإلا فسخ العقد، فإن الشفيع يخضع لنفس الالتزام. والحلول في نفس العقد بشروطه تماماً يعتبر المقابل المعقول لحرمان المالك من اختيار المتصرف إليه، وحتى لا تكون الشفعة مصدراً للإضرار بالبائع فيجب أن يحصل البائع على نفس الأداء والمزايا التي كان يخولها له العقد المبرم مع المشتري(١).

ويكون للشفيع أن يطالب البائع بتنفيذ كل ما التزم به في مواجهة المشتري، وأهم هذه الالتزامات نقل الملكية إلى الشفيع. فإذا كان عقد الشراء غير مسجل، كان للشفيع أن يطلب الحكم له بصحة التعاقد. ومن حقه أن يوجه هذا الطلب في صحيفة دعوى الشفعة،

---

(١) حسام الدين الأهواني ص٢٠٥ وما بعدها – محمود جمال الدين زكي ص٤٨٦.

فإن فعل وجب أن يتضمن الحكم الصادر بأحقيته في أخذ العقار بالشفعة الحكم بصحة التعاقد على بيع العقار في نفس الوقت. وذلك على سند مما تنص عليه المادة (٩٤٤) من أن الحكم الذي يصدر نهائياً بالشفعة يعتبر سنداً لملكية الشفيع، فلا يتأتى اعتبار هذا الحكم سنداً للملكية إذا لم يكن عقد البيع مسجلاً إلا إذا تضمن في نفس الوقت الحكم بصحة ونفاذ هذا العقد[١].

ويتم هذا الحلول – طبقاً لما أخذت به محكمة النقض- من تاريخ التراضي على الشفعة أو الحكم النهائي الصادر بثبوت الشفعة.

ويترتب على الحلول أن البائع يستطيع أن يتمسك في مواجهة الشفيع بكافة الدفوع التي كان يستطيع أن يتمسك بها في مواجهة المشتري مثل بطلان البيع بسبب الغلط أو غير ذلك.

كما يستطيع أن يتمسك في مواجهته بالفسخ أو بالدفع بعدم التنفيذ في حالة عدم تنفيذ التزام من الالتزامات التي يفرضها العقد على عاتق المشتري [٢].

---

(١) محمد على عرفه ص٥٣٥ وما بعدها.

(٢) حسام الدين الأهواني ص٢٠٦.

وقد قضت محكمة النقض بأن:

١- «........ الشفعة في نظر القانون هـي تحويـل الحقـوق والالتزامات ما بين البائع والمشتري إلى ما بـين البـائع والشـفيع فتزول صلة البائع بالمشتري فيما لكل منهما من الحقوق على الآخر بموجب عقد البيع لتكون صلته في تلك الحقوق بالشفيع، فهي عملية قانونية تدور بين أطراف ثلاثة كل منهم طرف حقيقـي ضـروري فيها حتى يمكن قانوناً حصول هذا التحويل الواقع في حقوقهم هـم الثلاثة بعضهم على بعض، ولا يتصور إلا قبـل ثلاثـتهم جميعـاً. فدعوى الشفعة، والمقصود بها إجراء عملية هذا التحويـل قضـاء، يجب بطبيعة الحال أن تكون دائرة بينهم هم الثلاثة كذلك».

(طعن رقم ٧٩ لسنة ١٦ق جلسة ١٩٤٨/٢/١٩)

٢- «يترتب على الأخذ بالشفعة تحويل الحقوق والالتزامات ما بين البائع والمشتري إلى ما بين البائع والشفيع فتزول صلة البـائع بالمشتري فيما لكل منهما من الحقوق على الآخر بموجب عقد البيع لتكون صلته في تلك الحقوق بالشفيع فهي عمليـة قانونيـة تـدور، ولابد، بين أطراف ثلاثة كل منهم طرف حقيقي ضروري فيها حتى يمكن قانوناً حصول هذا التحويل الواقع في حقوقهم الثلاثة بعضـهم على بعض ولا يتصور إلا قبل ثلاثتهم جميعـاً. ودعـوى الشـفعة والمقصود بها إجراء عملية هذا التحويل قضاء - يجب بحكم طبيعة

الحال أن تكون دائرة بينهم هم الثلاثة كـذلك، ومـن ثـم يتحـتم اختصامهم جميعاً في جميع مراحل التقاضي كما جرى بـه قضـاء هذه المحكمة وإلا كانت غير مقبوله».

(طعن رقم ٧ لسنة ١٩ق جلسة ١٩٥١/١/١٨)

١٣٤ ـ عدم انتفاع الشفيع بالأجل الممنوح للمشتري في دفع الثمن إلا برضاء البائع:

تنص الفقرة الثانية من المادة على أنه: «وإنمـا لا يحـق لـه الانتفاع بالأجل الممنوح للمشتري في دفع الثمن إلا برضاء البائع».

فهذا النص يتناول علاقة الشفيع بالبائع فيما يتعلق بأداء الـثمن بعد القضاء له بالشفعة، وقضت بأن الشفيع لا يفيد من الأجل الـذي منحه البائع للمشتري في سداد الثمن، سواء كان ذلك بتأجيل الـثمن كله، أو بعضه أو دفعه مقسطاً، وحكمة ذلك أن البائع يراعـي فـي هذا التأجيل اعتبارات خاصة بالمشتري، قد لا تكون متـوافرة فـي الشفيع. فإذا ما حصل الشفيع على رضاء البائع بإفادته مـن هـذا الأجل فهو جائز.

ولا شأن لهذا النص بإيداع الثمن الحقيقي للعقار المبيع قبل رفع دعوى الشفعة فقد أوضحنا في موضعه أن إيداع هذا الثمن واجـب على الشفيع وهو شرط لقبول الدعوى، بل لا يملك البائع إعفاءه من هذا الإيداع.

١٣٥ـ استحقاق العقار للغير بعد أخذه بالشفعة:

تنص الفقرة الثالثة من المادة على أن:

«وإذا استحق العقار للغير بعد أن أخذه بالشفعة، فليس للشفيع أن يرجع إلا على البائع ». وتلك نتيجة حتمية لحلول الشفيع محل المشتري، إذا المعتبر في هذا النص أن الشفيع هو الطرف الآخر في علاقة البيع القائمة والتي حل فيها بمقتضى الأخذ بالشفعة محل المشتري. وبالتالي لا يعتبر الشفيع خلفاً خاصاً للمشتري، وإنما هو خلف للبائع يتلقى منه العقار مباشرة ولذلك يستطيع الشفيع أن يطالب البائع بكل الالتزامات الناشئة عن هذا العقد، ومن أهم هذه الالتزامات الالتزام بالضمان.

وقد قضت محكمة النقض بأن:

«وكذلك لا يتعارض القول بتملك الشفيع من وقت الحكم بالشفعة مع ما نص عليه في المادة الثالثة عشرة من حلول الشفيع محل المشتري في حقوقه والتزاماته بالنسبة إلى البائع، ولا مع ما نص عليه فيها من أن الشفيع ليس له في حالة الاستحقاق أن يرجع إلا على البائع، فإن هذا لا يعني أن الشفيع يحل محل المشتري من وقت طلب الشفعة».

(طعن رقم ٨٥ لسنة ١٥ق جلسة ١٩٤٦/١٠/٣١)

٢- «النص في الفقرة الأولى من المادة (٩٤٥) من القانون المدني على أنه «يحل الشفيع قبل البائع محل المشتري في جميع حقوقه والتزاماته ». مفاده أن البائع وليس المشتري هو الذي يتحمل في مواجهة الشفيع بكافة الالتزامات التي كان يتحمل بها في مواجهة المشتري، ومن ذلك الالتزام بنقل ملكية المبيع وتسليمه وضمان التعرض والاستحقاق والعيوب الخفية، كما أنه إذا تمت الشفعة اتفاقاً التزم الشفيع بالوفاء بالثمن إلى البائع مباشرة إلا أن يكون هذا الأخير قد سبق أن تقاضاه من المشتري فيلتزم الشفيع بأدائه إليه ».

(طعن رقم ٥٢٤ لسنة ٤٨ق جلسة ١٩٨٢/٣/١١)

ويظل البائع ملزماً بالضمان حتى لو كان المشتري هو الذي قبض الثمن من الشفيع فإنه لا شأن له بضمان الاستحقاق، فلا يرجع الشفيع عليه ثم يرجع هو (أي المشتري) على البائع، بل يرجع الشفيع رأساً على البائع[1].

ولكن إذا كان العقد المشفوع فيه مسجلاً وتثبت الشفعة للشفيع رضاء أو قضاء فإن المشتري هو الذي يكون مسئولاً أمام الشفيع عن ضمان التعرض والاستحقاق وضمان العيوب الخفية وإن كان

---

(١) محمد على عرفه ص٥٣٧ -السنهوري ص٩٨١ هامش (٢).

له أن يدخل البائع في دعوى الضمان حتى يصدر الحكم في مواجهته فيسهل على المشتري بعد ذلك الرجوع عليه[1].

والالتزام بالضمان يشمل ضمان عدم تعرض البائع الفعلي أو القانوني وكذلك يشمل ضمان تعرض الغير القانوني طبقاً للقواعد العامة في عقد البيع بشرط أن يكون للغير حقاً قائماً على المبيع وقت البيع أو يكون قد ثبت حقه بعد البيع إذا كان هذا الحق قد آل إليه من البائع نفسه.

كما أن البائع يلتزم بضمان العيوب الخفية رغم عدم وجود نص لأنه نتيجة طبيعية للحلول.

ومنطق الحلول يفرض أيضاً أنه إذا كان العقد متضمناً لشرط يعدل أحكام الضمان سواء بالزيادة أو الإنقاص أو الإسقاط فإن هذا الشرط يسري في حق الشفيع طبقاً للقواعد العامة في عقد البيع[2].

---

(١) نبيل إبراهيم سعد ص٤٦٥.

(٢) نبيل إبراهيم سعد ص٤٦٥ – محمد على عرفه ص٥٣٨.

١٣٦ـ عدم سريان حكم المادة (٦) من القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ في شأن تأجير وبيع الأماكن على المشفوع منه:

تنص المادة (٦) من القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ في شأن تأجير وبيع الأماكن وتنظيم العلاقة بين المؤجر والمستأجر على أن:

«يعد في حكم المستأجر في تطبيق أحكام هذا الباب مالك العقار المنزوعة ملكيته بالنسبة إلى ما يشغله من هذا العقار ... إلخ »ولما كان هذا الحكم استثنائياً خرج به المشرع على الأصل العام فلا يجوز التوسع فيه أو القياس عليه، ومن ثم لا يسري حكمه على المشفوع منه.

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن:

«جرى نص المادة ١/٩٤٥ من القانون المدني على أنه يجعل الشفيع محل المشتري في جميع حقوقه والتزاماته ولذا يضحى المشتري بعد القضاء بالشفعة كما لو لم يشتر من قبل، وإذ كان النص في المادة ٣ من القانون رقم ٥٢ لسنة ١٩٦٩ القابلة للمادة ٦ من القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ في شأن تأجير وبيع الأماكن على أن «يعد في حكم المستأجر ..... مالك العقار المنزوع ملكيته بالنسبة إلى ما يشغله من هذا العقار ... » هو استثناء خرج به

المشرع على الأصل العام فلا يجوز التوسع فيه أو القياس عليه، ومن ثم فلا يسري حكمه على المشفوع منه».

(طعن رقم ٧٠٣ لسنة ٤٩ق جلسة ١٩٨٥/٣/٧)

١٣٧ـ هلاك المبيع:

لم يرد بقانون الشفعة القديم ولا بنصوص الشفعة في القانون المدني الجديد نص خاص بما يجب اتباعه في حالة هلاك العقار المشفوع فيه كله أو بعضه. ولذلك ذهب الشراح إلى وجوب تحكيم القواعد العامة التي وردت بالقانون في شأن هلاك المبيع. وقد جعل القانون الهلاك على البائع قبل التسليم وعلى المشترى بعد التسليم كما يظهر من نص المادة (٤٣٧ مدني) التي تجري على أن:

«إذا هلك المبيع قبل التسليم لسبب لا يد للبائع فيه، انفسخ البيع واسترد المشتري الثمن إلا إذا كان الهلاك بعد إعذار المشتري لتسلم المبيع ».

ولتطبيق هذا الحكم على الشفعة تجب التفرقة بين فترتين:

(أ) قبل الحكم نهائياً بالشفعة:

إذا هلك المبيع في يد البائع بسبب لا يد له فيه قبل تسليمه للمشتري، فالهلاك على البائع، بما يؤدي إلى انفساخ البيع ورد الثمن إن كان قد دفع. وتسقط الشفعة، وهذا سواء أكان الهلاك قبل

إعلان الشفيع رغبته في الأخذ بالشفعة أم بعد إعلان الرغبة وقبل رفع الدعوى، أو بعد رفع الدعوى وقبل الحكم فيها نهائياً.

وإذا هلك المبيع في يد المشتري بعد تسليمه إليه، فالهلاك على المشتري، وهذا أيضاً سواء أكان الهلاك قبل إعلان الشفيع رغبته في الأخذ بالشفعة، أم بعد إعلان الرغبة وقبل رفع الدعوى، أم بعد رفع الدعوى، وقبل الحكم فيها نهائياً، وسنرى أن للشفيع حتى الحكم، أن ينزل عن حقه في الشفعة[١].

وإذا كان الشفيع قد تسلم العقار المشفوع فيه، وهلك فإنه يتحمل تبعة الهلاك، وجاز للبائع أن يقبض الثمن من خزانة المحكمة إذا لم يكن قد قبضه قبل الهلاك، فإذا كان قد قبضه لم يجز للشفيع أن يطالبه برده. وإذا أعذر البائع الشفيع ليتسلم العقار، فمن وقت الإعذار يعتبر العقار في حكم المسلم للشفيع. فإذا هلك حتى قبل التسليم الفعلي فإن هلاكه يكون على الشفيع لا على البائع. وفي هذا تقول العبارة الأخيرة من المادة (٤٣٧ مدني): «إلا إذا كان الهلاك بعد إعذار المشتري لتسلم المبيع» أي أن الهلاك يكون استثناء على الشفيع إذا وقع بعد إعذاره لتسلم المبيع[٢].

---

(١) محمد كامل مرسي ص٥٣٩.

(٢) السنهوري ص٩٧٩.

(ب) بعد الحكم نهائياً بالشفعة:

إذا هلك المبيع في يد البائع، بعد الحكم نهائياً بالشفعة، فالهلاك عليه، ووجب فسخ العقد ورد الثمن إلى من دفعه. وإذا هلك في يد المشتري قبل تسليمه إلى الشفيع، فالهلاك يكون على المشتري، إذ أنه ملزم بتسليم العقار المشفوع فيه [١].

١٣٨ ـ الهلاك الجزئي:

بمقتضى أحكام البيع العامة إذا كان الهلاك جزئياً فهو على المشتري إذا حصل بعد تسليم المبيع إليه. أما إذا حصل في يد البائع قبل تسليم العقار للمشتري فيطبق حكم المادة (٤٣٨) التي جاء فيها: «إذا نقصت قيمة المبيع قبل التسليم لتلف أصابه، جاز للمشتري إما أن يطلب فسخ البيع إذا كان النقص جسيماً بحيث لو طرأ قبل العقد لما تم البيع، وإما أن يبقى البيع مع إنقاص الثمن.

ولتطبيق هذا الحكم على الشفعة نفرق بين فترتين:

(أ) قبل الحكم نهائياً بالشفعة:

إذا حصل الهلاك الجزئي في يد البائع، قبل تسليم المبيع إلى المشتري، كان الخيار للمشتري بين الفسخ في الحالة المنصوص عليها في المادة وبين إبقاء المبيع مع إنقاص الثمن. وإذا حصل

---

(١) محمد كامل مرسي ص٥٣٩.

الاختيار قبل طلب الشفعة سرى على الشفيع ما اختاره المشتري، فإذا اختار الفسخ سقطت الشفعة. وإذا اختار إبقاء المبيع جاز للشفيع أن يطلب المبيع بالشفعة. وإذا طلبت الشفعة قبل حصول الاختيار فإن المشتري إما أن يظهر اختياره وإما ألا يظهره حتى يملك الشفيع. وإذا أظهر المشتري اختياره رغم طلب الشفعة فإما أن يختار إبقاء المبيع، وإما أن يختار الفسخ. فإذا اختار إبقاء المبيع فلا حرز من ذلك على الشفيع، لأن له حتى الحكم أن ينزل عن الشفعة إذا شاء، وإذا اختار المشتري الفسخ سقط حق الشفعة. وليس للشفيع ما يتضرر منه، لأنه بالفسخ تعود العين إلى البائع كما كانت، فلم يوجد ما اضطر الشفيع من أجله للمطالبة بالشفعة. وإذا حصل الهلاك الجزئي تحت يد المشتري، بعد تسلمه العقار المبيع، فإذا كان قد حصل قبل طلب الشفعة فالهلاك على المشتري، وللشفيع أن يطلب الشفعة إذا أراد، أو يترك. أما إذا حصل الهلاك الجزئي بعد إعلان الرغبة في الشفعة وقبل الحكم نهائياً، فالهلاك على المشتري كذلك، وللشفيع أن ينزل عن الشفعة إذا أراد، لأن له ذلك حتى الحكم[1].

---

(١) محمد كامل مرسي ص٥٤٠.

(ب) بعد الحكم نهائياً بالشفعة:

بعد الحكم نهائياً بالشفعة يحل الشفيع بناء على المادة (٩٤٥)، محل المشتري لدى البائع في جميع حقوقه والتزاماته. فإذا كان الهلاك الجزئي في يد البائع، لم يكن المشتري قد أظهر اختياره، فإن الخيار يكون بعد الحكم للشفيع، فله أن يختار إبقاء المبيع. وإذا اختار الفسخ، فإن ذلك يسري على المشتري، لأن ملكية العين قد انتقلت إلى الشفيع، وقد حل بالنسبة إلى البائع محل المشتري. وإذا حصل الهلاك الجزئي في يد المشتري، بعد الحكم بالشفعة، أي قبل تسليم العين المشفوعة إلى الشفيع، فإنه يكون للشفيع الخيار بين إبقاء العين وبين الفسخ. أما إذا حصل الهلاك الجزئي بعد تسليم العقار للشفيع فإن الهلاك يكون عليه[1].

---

(١) محمد كامل مرسي ص٥٤١ وما بعدها – عبد السلام ذهني في الأموال ص ٧٣٢ وما بعدها.

مادة (٩٤٦)

١- إذا بنى المشترى في العقار المشفوع أو غرس فيه أشجاراً قبل إعلان الرغبة في الشفعة، كان الشفيع ملزماً تبعاً لما يختاره المشتري أن يدفع له إما المبلغ الذي أنفقه، أو مقدار ما زاد في قيمة العقار بسبب البناء أو الغراس.

٢- وأما إذا حصل البناء أو الغراس بعد إعلان الرغبة في الشفعة كان للشفيع أن يطلب الإزالة. فإذا اختار أن يستبقى البناء أو الغراس فلا يلتزم إلا بدفع قيمة أدوات البناء وأجرة العمل أو نفقات الغراس.

الشرح

البناء أو الغراس في العقار المشفوع فيه

١٣٩ ـ أولاً: حكم البناء أو الغراس قبل إعلان الرغبة في الشفعة:

إذا كان المشتري قد أحدث زيادة في المبيع قبل إعلان الرغبة في الشفعة، سواء كانت الزيادة بالبناء أو بالغراس أو غير ذلك كعمل شيء من التحسينات التي لا يصدق عليها لفظ البناء مثل استصلاح الأراضي أو التربة بما يزيد خصوبتها، فإنه لا لوم على المشتري في هذه الحالة إذا أنه يبني أو يدخل تحسينات في لحظة لا يعلم فيها بأن هناك من يرغب في الأخذ بالشفعة فهو كان حسن

النية، ومن ثم يلتزم الشفيع بما يختاره المشتري، وهو طبعاً يختار أكبر القيمتين مما يأتي:

إما قيمة ما أنفقه لإدخال التحسينات أي التكلفة الفعلية وهي تمثل ما افتقر به المشتري، وإما ما زاد في قيمة المشفوع فيه بسبب ما أحدثه المشتري من تحسينات. ولكن لا يجوز للشفيع أن يطلب الإزالة.

والملاحظ أن المشتري يعامل في هذه الحالة معاملة أفضل من الباني في أرض الغير بحسن نية. فهو يستحق أكبر القيمتين لأن الخيار مقرر للمشتري، أما في قواعد الالتصاق فإن الخيار مقرر لمالك الأرض وهو يختار أقل القيمتين. ويرجع ذلك التفضيل إلى أن المشتري يبني على ما اشتراه ويملكه فعلاً فهو لم يخطئ ولو بحسن نية.

يضاف إلى ذلك أنه في الأحكام العامة في الالتصاق «إذا كانت المنشآت قد بلغت حداً من الجسامة يرهق صاحب الأرض أن يؤدي ما هو مستحق عنها. كان له أن يطلب تمليك الأرض لمن قام المنشآت نظير تعويض عادل» (م ٢/٩٢٥ مدني). فيستطيع إذ صاحب الأرض، في الأحكام العامة في الالتصاق أن يتفادى تعويض الحائز عن البناء أو الغراس، بأنه يطلب تملكيه الأرض في نظير تعويض عادل. أما في الشفعة فلا يستطيع الشفيع أن يتفادى

تعويض المشتري عن البناء أو الغراس بأن يطلب تمليكه العقار في نظير تعويض عادل، إذ لم يرد في الشفعة نص في هذا المعنى كما ورد هذا النص في الأحكام العامة في الالتصاق. والسبب في ذلك واضح، فإن الشفيع إذا أراد أن يتفادى تعويض المشتري عن البناء أو الغراس، فإن الأولى به ألا يطلب أخذ العقار بالشفعة، بدلاً من أن يأخذه ثم يعيده إلى المشتري في نظير تعويض عادل. بقي أنه في الأحكام العامة في الالتصاق، يجوز للحائز أن يطلب نزع المنشآت التي استحدثها على أن يعيد الأرض إلى أصلها (م ١/٩٢٥ مدني) وهذا أيضاً جائز في الشفعة فيصح للمشتري، بدلاً من أن يتقاضى من الشفيع التعويض المنصوص عليه في المادة (٩٤٦ مدني)، أن يطلب نزع البناء أو الغراس من العقار المشفوع فيه على أن يعيد العقار إلى أصله[١].

١٤٠ ـ ثانياً: حكم البناء أو الغراس بعد إعلان الرغبة في الشفعة:

إذا أحدث المشتري البناء أو الغراس أو التحسينات بعد إعلانه بالرغبة في أخذ العقار بالشفعة.

كان للشفيع الخيار بين أمرين:

---

(١) السنهوري ص١٠٠٦ – محمد كامل مرسي ص٥٥٧ وما بعدها.

١- طلب الإزالة:

وفي هذه الحالة تكون الإزالة وإعادة المبيع إلى حالته الأصلية على نفقة المشتري. مع التعويض إن كان له مقتض.

وفي هذا يتماثل مركز المشتري مع مركز الحائز سيء النية في الأحكام العامة للالتصاق.

٢- استبقاء البناء أو الغراس:

وفي هذه الحالة لا يلزم المشتري إلا بدفع قيمة أدوات البناء وأجرة العمل أو نفقات الغراس.

وهنا نجد مركز المشتري أفضل من مركز من يبني أو يغرس في ملك غيره وهو سيء النية حيث يلتزم مالك الأرض، إذا اختار استبقاء المنشآت وفقاً لنص المادة (٩٢٤) بأن يدفع إما قيمتها مستحقة الإزالة وإما ما زاد في ثمن الأرض، وهو يختار الأقل بداهة[١].

وقد قضت محكمة النقض بأن:

١- «العبرة في الشفعة هي بحالة العقار المشفوع وقت بيعه فإذا أقام المشتري عليه بناء أو غرس فيه أشجاراً سواء قبل أو بعد

---

(١) منصور مصطفى منصور ص٣٦٢ - رمضان أبو السعود ص٣٦٣ وما بعدها.

إعلان الرغبة فإن ذلك لا يحول دون الحكم للشفيع بأحقيته في الشفعة طالما قد توافرت لديه أسبابها واستوفى إجراءاتها القانونية وآية ذلك أن المشرع قد عالج هذه الحالة كأثر من الآثار المترتبة على الحكم بثبوت الشفعة فنص في المادة (٩٤٦) من القانون المدني على أنه:

«إذا بنى المشتري في العقار الشفيع أو غرس فيه أشجاراً قبل إعلان الرغبة في الشفعة كان الشفيع ملزماً تبعاً لما يختاره المشتري أن يدفع له إما المبلغ الذي أنفقه أو مقدار ما زاد في قيمة العقار بسبب البناء أو الغراس.

أما إذا حصل البناء أو الغراس بعد إعلان الرغبة في الشفعة كان للشفيع أن يطلب الإزالة فإذا اختار أن يستبقى البناء أو الغراس فلا يلتزم إلا بدفع قيمة أدوات البناء وأجرة العمل أو نفقات الغراس».

(طعن رقم ٦١ لسنة ٤١ق جلسة ١٩٧٩/٣/٥)

٢- «مفاد نص الفقرة الثانية من المادة ٩٤٦ من القانون المدني أن للشفيع الحق في طلب إزالة البناء أو الغراس الذي يقيمه أو يغرسه المشتري في العقار المشفوع فيه بعد إعلان الرغبة في أخذ ذلك العقار بالشفعة وإعادته إلى أصله باعتبار المشتري في هذه الحالة حائزاً سيء النية وذلك تحسباً لما قد يسببه هذا البناء أو ذلك

الغراس من ضرر بالعقار المشفوع فيه أو بالانتفاع به».

(طعن رقم ٢٢٦٤ لسنة ٥٦ق جلسة ١٩٩١/٧/٢٥)

١٤١ ـ التعويض عن المصروفات الضرورية والنافعة:

قد ينفق المشتري على العقار بعد تسلمه من البائع مصروفات ضرورية أو مصروفات نافعة أو مصروفات كمالية. وكانت الفقرة الثالثة من المادة (١٣٩٥) من المشروع التمهيدي للتقنين المدني المقابلة للمادة (٩٤٦ مدني) تنص على أن: «أما ما صرف في حفظ العقار وصيانته فيلزم دفعه في كل الأحوال للمشتري المشفوع منه» وفي لجنة المراجعة قررت اللجنة الاستغناء عن هذه الفقرة لأنها تطبيق للقواعد العامة[١].

وقد نص على حكم القواعد العامة في المادة (٩٨٠ مدني) التي تجري على أن:

١- على المالك الذي يرد إليه ملكه أن يؤدي إلى الحائز جميع ما أنفقه من المصروفات الضرورية.

٢- أما المصروفات النافعة فيسري في شأنها أحكام المادتين (٩٢٤ و ٩٢٥).

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٦ ص ٤٣٧ وما بعدها.

٣- فإذا كانت المصروفات كمالية فليس للحائز أن يطالب بشيء منها. ومع ذلك يجوز له أن ينزع ما استحدثه من منشآت على أن يعيد الشيء إلى حالته الأولى، إلا إذا اختار المالك أن يستبقيها مقابل دفع قيمتها مستحقة الإزالة».

وتنص المادة (٩٨٢ مدني) على أنه: «يجوز للقاضي بناء على طلب المالك أن يقرر ما يراه مناسباً للوفاء بالمصروفات المنصوص عليها في المادتين السابقتين. وله أن يقضي بأن يكون الوفاء على أقساط دورية بشرط تقديم الضمانات اللازمة. وللمالك أن يتحلل من هذا الالتزام إذا هو عجل مبلغاً يوازي قيمة هذه الأقساط مخصوماً منها فوائدها بالسعر القانوني لغاية مواعيد استحقاقها».

وقد تناولنا هذه الأحكام تفصيلاً في المجلد رقم (١٨) - ونقتصر هنا على القول بأن المشتري، إذا أنفق على العقار المشفوع فيه مصروفات ضرورية، استردها بأكملها من الشفيع، وعليه أن يثبت مقدار هذه المصروفات، في أثناء دعوى الشفعة ليقضي له بها، أو أن يرفع بها دعوى على حدة. أما المصروفات النافعة فيطبق في شأنها قواعد الالتصاق المقررة في المادتين (٩٢٤، ٩٢٥ مدني) وقد تناولنا شرح هاتين المادتين في المجلد سالف الذكر ويجب التمييز في هذا الصدد بين ما إذا كانت هذه المصروفات النافعة قد أنفقت على العقار المشفوع فيه قبل إعلان المشتري

برغبة الشفيع في الشفعة فيكون المشتري في هذه الحالة حسن النية وتسري عليه أحكام المادة (٩٢٥ مدني) وما إذا كانت هذه المصروفات قد أنفقت بعد إعلان المشتري برغبة الشفيع في الشفعة فيكون المشتري في هذه الحالة سيء الني وتسري عليه أحكام المادة (٩٢٤). وفي الحالتين يطالب المشتري الشفيع بالتعويض عن المصروفات النافعة طبقاً للأحكام المشار إليها إما أثناء نظر دعوى الشفعة، أو في دعوى جديدة على حدة. وإذا كانت المصروفات كمالية، فليس للمشتري أن يطالب الشفيع بشيء منها، سواء أنفقت هذه المصروفات بعد إعلان المشتري برغبة الشفيع في الشفعة أو قبل إعلان هذه الرغبة. ويكون الشفيع بالخيار بين أن يستبقى المنشآت الكمالية التي استحدثها المشتري مقابل دفع قيمتها مستحقة الإزالة، أو أن يجبر المشتري على إزالتها وعلى إعادة العقار إلى حالته الأولى. ويطالب الشفيع المشتري بذلك إما في أثناء دعوى الشفعة، أو في دعوى جديدة على حدة وللمشتري حبس العقار المشفوع فيه حتى يسترد من الشفيع المستحق له، بسبب المصروفات الضرورية والمصروفات النافعة والمصروفات الكمالية[1].

---

(١) السنهوري ص١٠٠٣ وما بعدها.

١٤٢ ـ عدم إلزام الشفيع بفوائد الثمن:

تناقشت لجنة المرحوم كامل صدقي باشا عند إعداد مشروع التقنين المدني في إضافة نص يقضي بأن الغلة تكون للشفيع من وقت إعلانه الرغبة في الأخذ بالشفعة، ويكون عليه من ذلك الوقت أيضاً فوائد ما لم يودعه من الثمن في خزانة المحكمة، فوافقت اللجنة بالأغلبية على هذا الاقتراح. ولكن هذا النص لم يرد ضمن نصوص الشفعة في القانون المدني الجديد[1].

على أنه بالإطلاع على مناقشات اللجنة يتضح أنها لم توافق على إلزام الشفيع بالفوائد إلا عن الجزء من الثمن الذي لم يقم بإيداعه، ولما كان الاتجاه في المشروع التمهيدي (م ١٣٩٠) يقضي بإلزام الشفيع بإيداع ثلث الثمن الحقيقي فقط، فقد أقرت اللجنة أن يلزم الشفيع بالفوائد بعد أن تستنزل منها الفوائد المستحقة عن الجزء المودع من الثمن.

أما وقد أصبح الشفيع ملزماً بإيداع كل الثمن الحقيقي الذي حصل به البيع، فإنه ليس من المنطق ولا من العدل وقد أودع الشفيع كامل الثمن أن يلزم بالفوائد المستحقة عليه. ذلك لأن الفوائد

---

(١) محضر جلسة ١١ مارس ١٩٣٨ مجموعة الأعمال التحضيرية ج٦ ص٤٣٥ الهامش.

لا تسري إلا على مبلغ مستحق في ذمة المدين، أما وقد برئت ذمة الشفيع من الثمن بإيداعه فإنه لا يعتبر مديناً به، ومن ثم فلا وجه لسريان الفوائد عليه.

ولذلك يكون غير صحيح ما جاء بمذكرة المشروع التمهيدي من أنه: «منذ يعلن المشتري بالرغبة في الأخذ بالشفعة لا يملك الثمار، وتكون للشفيع إذ هو للمالك، وللمشتري أن يطالب بالفوائد من الوقت الذي لا يتملك فيه الثمار». فقد جاءت هذه العبارة تفسيراً لما جرى به الحكم في المشروع التمهيدي من أن الشفيع غير ملزم إلا بإيداع ثلث الثمن، فيكون عليه فوائد ما لم يودعه من الثمن في خزينة المحكمة. أما وقد أصبح الشفيع ملزماً بإيداع كامل الثمن، فيلزم من ذلك أيضاً عدم سريان الفوائد عليه عن كامل الثمن الذي قام بإيداعه فعلاً على ذمة صاحب الحق فيه[1].

---

(١) محمد على [illegible]فه ص٥٤٠ وما بعدها- السنهوري ص١٠٠١ هامش (١) وقد قضت محكمة النقض بأن: «من المقرر في قضاء هذه المحكمة، أنه يترتب على نقض الحكم القاضي بالشفعة اعتباره كأن لم يكن، وإعادة القضية والخصوم إلى ما كانت عليه، وكانوا عليه قبل صدور الحكم المنقوض، ويقتضي ذلك سقوط جميع الآثار التي ترتبت عليه وبطلان كل ما اتخذ من أعمال وإجراءات تنفيذاً له، وبالتالي يتعين رد ما قبض أو حصل تسلمه من مال أو عقار نتيجة له، وليس يجب رد الأصل

١٤٣ ـ استحقاق الشفيع ريع العقار المشفوع فيه:

إن تحديد الوقت الذي يستحق الشفيع ابتداء منـه ريـع العقـار المشفوع فيه يتوقف حتماً على تحديد وقت انتقال الملكية إليه. وقـد رأينا أن محكمة النقض - مؤيدة لرأي في الفقه- تـذهب إلـى أن الشفيع يمتلك العقار المبيع من وقت التراضـي علـى الشـفعة أو صدور حكم نهائي بها، ولو تأخر تسجيل الحكم أو الاتفاق عن هذا اليوم، إذ يصبح الشفيع منذ هذا اليوم هو المشتري. وعلى ذلك فإن ريع العقار المشفوع به لا يستحق للشفيع إلا من تاريخ الاتفاق على الشفعة أو صدور الحكم النهائي بثبوت الشفعة[١].

(راجع الأحكام المنشورة ببند ١٣٠)

فحسب بل يجب أيضاً رد فوائد النقد وثمار العقار وتجب هذه الثمار من يوم إعلان تقرير الطعن بالنقض إلى حائز العقار، لأن هـذا الإعـلان يتضمن معنى التكليف بالحضور لسماع الحكم بنقض الحكم المطعون فيه - سند حيازة الحائز- ولاحتوائه على بيان عيوب هذا السند ويكون لهذا الإعلان ذات الأثر المترتب على إعلان صحيفة الدعوى في زوال حسن نية الحائز».

(طعن رقم ٣٩٧ لسنة ٣٧ق جلسة ١٩٧٢/٦/١٣)

(١) عبد المنعم الصده ص٥٠٤ - رمضان أبو السعود ص٣٦٢.

١٤٤ـ تسليم العين المبيعة:

إذا تم للشفيع الأخذ بالشفعة، سواء باتفاق أو بحكم نهائي، حـق له أن يتسلم العقار المبيع، فإذا كان العقار ما يزال في يـد البـائع وجب عليه أن يسلمه إلى الشفيع، وإذا كان العقار في يد المشـتري وجب عليه أن يسلمه إلى الشفيع، ويكون له أن يحبسه تحت يده إلى أن يستوفى من الشفيع ما أنفقه عليه من مصاريف الحفظ والصيانة.

ويسري على التسليم ما اتفق عليه بشأنه في عقد البيـع فضـلاً عن القواعد التي وضعها القانون في شأنه[١].

ولا يشترط للوفاء بالالتزام بالتسليم، تسلم الشفيع للعقار المشفوع فيه. وإنما يتحقق ذلك أيضاً إذا وضع البائع العقار المشـفوع فيـه تحت تصرف الشفيع على نحو يتمكن معه هذا الأخير – متى شاء- من وضع يده على هذا العقار والانتفاع به دون حائـل، وإخطـار الشفيع بذلك. ولا يتوقف أثر هذا التسليم القـانوني علـى اسـتجابة الشفيع له نفاذاً لالتزامه بالتسلم. وإذا كانت مصـالح البـائع تتـأثر بتقاعس الشفيع عن التسلم، كما لو كان المبيع حصة شـائعة، فإنـه

---

(١) عبد المنعم الصده ص٥٠٣ – محمود جمال الدين زكي ص٤٨٧.

يجوز لهذا البائع أن يطلب تعيين حارس قضائي ليتولى المحافظة على العقار وإدارته على نفقة الشفيع[١].

١٤٥ ـ إلزام الشفيع بملحقات الثمن:

ملحقات الثمن قد تكون رسمية أو غير رسمية، ومثل الملحقات الرسمية رسوم توثيق عقد البيع المشفوع فيه ورسوم تسجيله ورسوم استخراج الشهادات العقارية. ومثل الملحقات غير الرسمية السمسرة وأتعاب المحاماة ومصروفات معاينة العقار المشفوع فيه[٢].

وقد رأينا سلفاً أن الشفيع لا يلزم بإيداع هذه المصاريف مع الثمن خزانة المحكمة في الميعاد المحدد لإيداع الثمن. ومن ثم فإنه يجب على المحكمة التي تنظر دعوى الشفعة أن تفصل في هذه الملحقات إذا ما أثارها الشفيع أو المشتري، ولا يتعين طلبها بطلب عارض حال نظر الدعوى.

وقد قضت محكمة النقض بأن:

«إنه ولئن كان المشرع لم يلزم الشفيع سوى بإيداع الثمن الحقيقي فحسب وأغفل ملحقات الثمن فيما يجب إيداعه بما ينبغي

---

(١) المستشار عزت حنوره ص٣٤٩.

(٢) السنهوري ص٨٧٧ – رمضان أبو السعود ص٣٤٠.

عليه عدم سقوط الحق في الأخذ بالشفعة في حالة عدم إيداع الملحقات إلا أن دعوى الشفعة تتسع مع هذا لبحث النزاع الذي يقوم بين طرفي الخصومة حول إلزام الشفيع بأداء ملحقات الثمن من مصروفات رسمية وغير رسمية بحيث يتعين على المحكمة أن تفصل في هذه المنازعة سواء أثيرت من جانب الشفيع أو المشتري ما دامت مطروحة عليها – لما كان ذلك وكان البين من الأوراق أن الشفعاء المطعون ضدهم طلبوا الحكم بأحقيتهم في أخذ العقار بالشفعة مقابل الثمن والمصاريف والملحقات، وأن الخصوم تجادلوا أمام محكمة الدرجة الأولى دفعاً ورداً في شأن قيمة هذه الملحقات ووجه الشفعاء للطاعنين اليمين الحاسمة في شأن قيمة السمسرة ومصاريف المهندس الذي عاين العقار كما استمرت المجادلة بين الخصوم في ذلك الشأن أمام محكمة الاستئناف بما مؤداه أن النزاع بشأن قيمة الملحقات التي يلزم الشفعاء بدفعها للطاعنين كان مطروحاً مع طلب الشفعة أمام محكمة الموضوع ومن ثم فهي تلتزم بالفصل فيه باعتبار أن الخصومة حق مشترك بين طرفيها وقد تطرح كل منهما أمر هذه الملحقات في دفاعه وطلباته الموضوعية في الدعوى بما ينتفي معه وجه القول بوجوب المطالبة بها استقلالاً بطلب عارض رغم كونها مطروحة فعلاً من جانب الطرفين وتناضلهم فيها طلباً ودفاعاً– لما كان ما تقدم وكان الحكم المطعون

فيه قد أقام قضاءه على أن الشفيع لا يلزم بإيداع ملحقــات الــثمن بخزينة المحكمة وأن الطاعنين وشأنهم في المطالبة بهــا بــدعوى مستقلة بعد أن تقاعسوا عن اتخاذ الإجراء المناسب للمطالبة بها في دعوى الشفعة فإنه يكون معيباً بمخالفة القانون والخطأ في تطبيــق القانون».

(طعن رقم ١٦٤٤ لسنة ٥١ق جلسة ١٩٨٥/٤/٩)

مادة (٩٤٧)

لا يسري في حـق الشـفيع أي رهـن رسـمي أو أي حـق اختصاص أخذ ضد المشتري ولا أي بيع صدر من المشـتري ولا أي حق عيني رتبه أو ترتب ضده إذا كان كل ذلك قـد تـم بعـد التاريخ الذي سجل فيه إعلان الرغبة في الشفعة. ويبقى مع ذلـك للدائنين المقيدين ما كان لهم من حقوق الأولوية فيما آل للمشتري من ثمن العقار.

الشرح

١٤٦ـ تصرفات المشتري قبل تسجيل إعلان الرغبة:

للمشتري قبل تسجيل إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة أن يباشر على العقار الذي اشتراه التصرف الذي يريده، ولا يقيد حقه في هذا التصرف احتمال أن يؤخذ العقار بالشفعة. فله تطبيقاً لذلك أن يبيـع العقار أو يهبه أو يقايض عليه، كما أن له أن يرتب عليه حقاً عينياً كالرهن. وهذا التصرفات ونحوها تكون حجة على الشفيع ما دامت تتم قبل تسجيل إعلان الرغبة. وهذا ما يؤخذ بمفهوم المخالفة مـن المادة (٩٤٧ مدني) التي تقضي بعدم سريان مثل هذه التصـرفات في حق الشفيع إذا تمت بعد تسجيل إعلان الرغبة.

ويترتب على ذلك أنه إذا تصرف المشتري فـي العقـار قبـل تسجيل إعلان الرغبة تصرفاً لا تجوز الشفعة فيه، كـأن وهبـه أو

قايض عليه، فلا يجوز للشفيع أن يأخذ العقار بالشفعة. وإذا باع المشتري العقار قبل هذا التسجيل لأحد أصوله أو فروعه أو لزوجه أو لقريب لغاية الدرجة الرابعة أو لصهر لغاية الدرجة الثانية فإن الشفيع يمتنع عليه أن يأخذ العقار بالشفعة، إذ أن هؤلاء الأقارب لا تجوز الشفعة ضدهم كما رأينا (م ٩٣٩ مدني)[١].

كما أن للمشتري أن يرهن العقار أو يقرر عليه حقوقاً عينية أخرى.

وكل هذه التصرفات إذا كانت تسري على الغير، إذا كانت مسجلة أو مقيدة، فإنه يمكن الاحتجاج بها على الشفيع.

وقد تكون بعض هذه الحقوق مرهقة لدرجة تمنع الشفيع من المطالبة بالشفعة.

ولكن يكون للشفيع أن يطعن في جميع التصرفات المتقدمة ويطلب بطلانها على أساس أنها ليست حقيقية بل صورية، أو بأنها لم تبرم على هذا النحو إلا احتيالاً على القانون لحرمانه من طلب الشفعة. فإذا نجح في إثبات هذا الإدعاء فإن الشفعة تجوز له.

---

(١) عبد المنعم الصده ص٤٧٥ – محمد كامل مرسي ص٥٤٧.

١٤٧ ـ تصرفات المشتري بعد تسجيل إعلان الرغبة:

إذا سجل إعلان الرغبة في الشفعة فلا يسري في حق الشفيع أي تصرف يصدر من المشتري بعد ذلك في خصوص العقار المبيع.

فإذا باع المشتري العقار بعد التاريخ الذي سجل فيه إعلان الرغبة فلا يسري هذا البيع في حق الشفيع، بحيث يكون له أن يأخذ بالشفعة من المشتري الأول وبالشروط التي اشترى بها، ومن ثم فلا يلزم بإدخال المشتري الثاني في دعوى الشفعة، على أنه يلاحظ أن هذا الحكم مقرر لحماية الشفيع وليس مفروضاً عليه. حيث يجوز للشفيع أن يتغاضى عن البيع الأول ويطلب الشفعة في البيع الثاني إذا كان له مصلحة في ذلك، كما لو كان الثمن في البيع الثاني أقل منه في البيع الأول، إنما يتعين عليه في هذه الحالة أن يطلب الشفعة في البيع الثاني بإجراءات مبتدأة غير تلك التي اتخذها بسبب البيع الأول.

وإذا رتب المشتري على العقار بعد هذا التاريخ حقاً عينياً كالرهن، أو ترتب ضده على العقار حقاً عينياً كالاختصاص، فلا تسري هذه الحقوق بالنسبة إلى الشفيع بحيث ينتقل إليه العقار إذا ما حكم له بالشفعة خالصاً منها.

غير أنه إذا كان المشتري قد دفع الثمن للبائع فإن الدائنين المقيدة حقوقهم في هذه الحالة يبقى لهم حق الأولوية على الثمن

الذي يسترده المشتري. وهذا الحكم الذي نصت عليه المادة (٩٤٧) ليس إلا تطبيقاً للقواعد الخاصة بميزة التقدم التي تثبت لصاحب الحق العيني. إذ أنه طبقاً لهذه القواعد لا تقتصر ميزة الأولوية التي للدائن المقيد حقه على الثمن المحصل من البيع الجبري للشيء محل الحق، بل تمتد كذلك إلى مقابل نقدي لهذا الشيء. ومن ثم فإن فكرة الحلول العيني ليست هي الأساس الذي يقوم عليه ذلك الحكم[1].

وقد قضت محكمة النقض بأن:

«الشفعة في العقار المبيع بشرط اختيار الغير تخضع لأحكام هذا النوع من البيوع تكملها وتحد منها أحكام الشفعة. وحاصل ما اتفق عليه الرأي في أحكام البيع على شرط اختيار الغير أن عقد البيع يظل قائماً نافذاً في حق المشتري الظاهر إلى أن يعمل حقه في اختيار الغير. وإذا كان إعمال هذا الاختيار يسند شراء من يختاره إلى عقد البيع الأول ومن تاريخ انعقاده فيرتب له قبل البائع نفس الحقوق المقررة في عقد البيع المذكور فإنه يكسبه أيضاً حقوقاً قبل المشتري الظاهر إذ يحل محله في جميع الحقوق والالتزامات المترتبة على عقد شرائه والتي كانت تظل متعلقة به لو أنه لم يعمل حقه في الاختيار. ولما كان مقرراً بالمادة (١٢) من قانون الشفعة

---

(١) عبد المنعم الصده ص٤٧٨ – نبيل سعد ص٤٦٨.

أن الشفيع لا يحاج بأي حق اكتسبه الغير ضد المشتري بعد تسجيل إنذار الشفعة، فإنه إذا كان إنذار الشفعة قد سجل قبل الإنذار المعلن للشفيع الذي ثبت به تاريخ الاتفاق الذي عقد بين المشتري الأول وبين من أدخلهم معه في الشراء والذي قال فيه هذا المشتري إنه تنازل لهم عن بعض العقار المبيع له وهو ما يعتبرونه إعمالاً لحق اختيار الغير، كان الحكم الذي يقضي بعدم جواز الاحتجاج على الشفيع بما ترتب على هذا الاختيار من حقوق لمن أدخلوا في الشراء وبالتالي عدم سقوط حقه في الشفعة لإدخالهم في الدعوى بعد الميعاد المقرر في القانون حكماً قائماً على أساس قانوني صحيح لا يؤثر في صحته ما يكون قد اعتوره من تقريرات مخالفة للقانون».

(طعن رقم ١٠١ لسنة ١٧ق جلسة ١٩٥٠/٣/٩)

١٤٨ـ تصرفات البائع قبل تسجيل إعلان الرغبة:

إذا تصرف البائع في العقار بأي تصرف من التصرفات قبل تسجيل إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة، كالبيع والهبة والمقايضة، أو قرر عليه حق ارتفاق أو حق انتفاع أو حق رهن رسمي أو حيازي، أو أخذ على العقار حق اختصاص من دائني البائع أو ترتب عليه حق امتياز يكفل ديناً في ذمة البائع. فإن هذه التصرفات تسري في حق الشفيع. ولكن بشرط أن يكون المتصرف إليه قد

شهر حقه قبل تسجيل إعلان الرغبة وقبل أن يسجل المشتري عقد شرائه. فإذا تحقق ذلك سرت هذه التصرفات في حق الشفيع سريانها في حق المشتري المشفوع ضده[١].

١٤٩ ـ تصرفات البائع بعد تسجيل إعلان الرغبة:

إذا رتب البائع الحقوق التي ذكرناها في البند السابق، ولم تشهر أو تسجل، إلا بعد تسجيل الشفيع لإعلان الرغبة في الشفعة، أو بعد أن سجل المشتري عقد شرائه، فإن هذه الحقوق لا تنفذ في حق الشفيع.

فمثلاً إذا باع البائع – بعد البيع الأول- العقار أو (قايض عليه أو وهبه مثلاً) إلى مشتر ثان لم يسجل قبل تسجيل إعلان الرغبة إلى البائع، فإن هذا البيع لا ينفذ في حق الشفيع، وكان له أن يشفع في البيع الأول، ويرجع المشتري الثاني على البائع بالضمان، بل وحتى لو سجل التصرف قبل تسجيل إعلان البائع بطلب الشفعة، ولكنه سجل بعد تسجيل المشتري الأول، فإن المتصرف لا ينفذ في حق هذا المشتري طبقاً للقواعد المقررة في التسجيل، وما دام لا ينفذ في حق المشتري الأول، فإنه لا ينفذ أيضاً في حق الشفيع الذي

---

(١) رمضان أبو السعود ص٣٦٤.

حل محل المشتري الأول، ولا يسري أيضاً في هذه الحالة في حـــق الشفيع إلا البيع الأول فيأخذ فيه بالشفعة.

وهكذا الشأن أيضاً إذا رتب البائع على العقار حق ارتفـــاق أو انتفاع ولم يتم تسجيله قبل تسجيل إعلان الرغبة. أما إذا رتب البائع رهناً رسمياً أو حيازياً أو ترتب عليه حق اختصاص أو امتياز، ولم تقيد تلك الحقوق قبل تسجيل إعلان الرغبة، فإنها لا تسري في حق الشفيع. وفي هذه الحالة يحتفظ الدائن بحق الأولوية على ما عســـى أن يكون قد آل للبائع من ثمن العقار [١]

---

(١) رمضان أبو السعود ص٣٦٥.

سقوط الشفعة:

مادة (٩٤٨)

يسقط الحق في الأخذ بالشفعة في الأحوال الآتية:

(أ) إذا نزل الشفيع عن حقه في الأخذ بالشفعة ولو قبل البيع.

(ب) إذا انقضت أربعة أشهر من يوم تسجيل عقد البيع.

(ج) في الأحوال الأخرى التي نص عليها القانون.

الشرح

١٥٠ ـ الفرق بين موانع الشفعة ومسقطاتها:

يقصد بموانع الشفعة، الظروف التي تحيط بالبيع ذاته منذ نشأته فتجعله غير قابل للأخذ فيه بالشفعة أياً كانت شخصية الشفيع، فلا تجوز الشفعة في هذا البيع لأي شفيع. أما ما يطرأ على حق شفيع معين فيلغيه بالنسبة له مع بقاء البيع في حد ذاته قابلاً للأخذ فيه بالشفعة لغير هذا الشخص من الشفعاء الآخرين، فإنه يكون من مسقطات حق الشفعة. وبعد أن أورد القانون المدني مسقطات حق الشفعة متفرقة في ثنايا المواد المنظمة لأحكام الشفعة كجزاء على الإخلال ببعض إجراءاتها أجملها في المادة (٩٤٨ منه)[1] ، وهو ما سنعرض له تفصيلاً فيما يلي.

---

(١) المستشار/ عزت حنوره ص٢٨٣ وما بعدها.

أسباب سقوط الحق في الأخذ بالشفعة:

السبب الأول:

نزول الشفيع عن حقه في الأخذ بالشفعة:

١٥١ ـ المقصود بالنزول:

النزول عن الحق في الأخذ بالشفعة تصرف قانوني بالإرادة المنفردة يؤدي إلى سقوط هذا الحق.

وهذا النزول لا ينتج أثره إلا من الوقت الذي يتصل فيه بعلم من وجه إليه (م ٩١ مدني).

وهذا النزول قد يكون بمقابل أو بدون مقابل[١].

١٥٢ ـ النزول الصريح والنزول الضمني:

قد يكون التنازل عن الحق في أخذ العقار بالشفعة صريحاً وقد يكون ضمنياً.

والنزول الصريح يكون بطريقة مباشرة باللفظ أو الكتابة أو الإشارة أو نحو ذلك. أو باتخاذ أي موقف آخر لا تدع ظروف الحال شكاً في دلالته على حقيقية المقصود[٢].

---

(١) عبد المنعم الصده ص٤٩٣ – منصور مصطفى منصور ص٣٥٣ – نبيل إبراهيم سعد ص٤٤٦.

(٢) السنهوري الجزء الأول الطبعة الثانية ١٩٦٤ ص١٨٨.

فقد نصت المادة (٩٠) من التقنين المدني على أن:

١- «التعبير عن الإرادة يكون باللفظ وبالكتابة وبالإشارة المتداولة، كما يكون باتخاذ موقف لا تدع ظروف الحال شكاً في دلالته على حقيقة المقصود.

٢- ويجوز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمنياً، إذا لم ينص القانون أو يتفق الطرفان على أن يكون صريحاً».

ويكون التعبير عن الإرادة ضمنياً إذا كان المظهر الذي اتخذه الشفيع ليس في ذاته موضوعاً للكشف عن الإرادة، ولكنه مع ذلك لا يمكن تفسيره دون أن يفترض وجود مثل هذه الإرادة[1].

---

(١) السنهوري ص٩٨٩ - وكانت المادة (٧٩/٧٢) من المجموعة المدنية الملغاة تقضي بأن «يسقط حق الشفعة إذا وقع من الشركاء عقد أو أمر يستدل منه على قبولهم ملكية المشتري»، ونصت المادة (١٩) من قانون الشفعة - التي حلت محلها - على أن: «يستدل على التنازل الضمني بكل عمل أو عقد يؤخذ منه أن الشفيع عرف المشتري بصفة مالك العقار نهائياً» - وكانت المادة (١٣٩٧) من المشروع التمهيدي تنص على أنه لا يجوز الأخذ بالشفعة... «أ-إذا تنازل الشفيع عن حقه في الشفعة، صراحة أو ضمناً حتى ولو قبل البيع».

إلا أن لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ قررت حذف عبارة «صراحة أو ضمناً» لأنها تزيد تغني عنه القواعد العامة (مجموعة الأعمال التحضيرية ج٦ ص٤٤٥ وما بعدها)

ولما كان النزول يتضمن معنى الإسقاط فإنه عندما يكون ضمنياً يجب أن يستخلص بوضوح من الظروف، أي يجب التشدد والحيطة في استخلاص التعبير الضمني.

وعلى كل فاستخلاص هذا النزول من مسائل الواقع التي تستقل بها محكمة الموضوع. وحسبها أن تقيم قضاءها على أسباب تكفي لحمله.

وقد قضت محكمة النقض بأن:

١- «النزول الضمني عن الحق في الأخذ بالشفعة يفترض صدور عمل أو تصرف من الشفيع بعد البيع يفيد الرغبة عن استعمال ذلك الحق».

(طعن رقم ٥٧٨ لسنة ٥٠ق جلسة ١٩٧٨/١/١٠)

٢- «النزول عن الحق في الأخذ بالشفعة قد يصدر صريحاً فإنه قد يكون ضمنياً بإتيان الشفيع بعد البيع عملاً أو اتخاذه موقفاً يكشف بوضوح في دلالته عن هذا النزول، واستخلاص ذلك من مسائل الواقع التي يستقل بها قاضي الموضوع متى كان استخلاصه سائغاً مستمداً له أصل ثابت بأوراق الدعوى».

(طعن رقم ١٤٧٨ لسنة ٤٨ق جلسة ١٩٨٢/١١/١١)

٣- «النزول الضمني عن الحق في طلب الأخذ بالشفعة يستلزم – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة– صدور عمل أو تصرف

من الشفيع يفيد حتماً رغبته في عدم استعمال ذلك الحق واعتبار المشتري مالكاً نهائياً للمبيع».

(طعن رقم ٦٦٩ لسنة ٤٩ق جلسة ١٩٨٢/١١/٢٤)

٤- «النزول الضمني عن الحق في طلب الأخذ بالشفعة يستلزم- وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة- صدور عمل أو تصرف من الشفيع يفيد حتماً رغبته في عدم استعمال ذلك الحق واعتبار المشتري مالكاً نهائياً للمبيع، واستخلاص هذا النزول الضمني هو من مسائل الواقع التي تستخلصها محكمة الموضوع وحسبها أن تقيم قضاءها على أسباب سائغة تكفي لحمله».

(طعن رقم ١٠٠٦ لسنة ٥٠ق جلسة ١٩٨٤/٥/٩)

٥- «من المقرر في قضاء هذه المحكمة أن النزول الضمني عن الحق في طلب الأخذ بالشفعة يستلزم صدور عمل أو تصرف من الشفيع بعد البيع المشفوع فيه يفيد حتماً رغبته في عدم استعمال هذا الحق واعتبار أن المشتري مالكاً نهائياً للمبيع، وأن استخلاص هذا النزول الضمني من مسائل الواقع التي تستقل بها محكمة الموضوع وحسبها أن تقيم قضاءها على أسباب سائغة تكفي لحمله».

(طعن رقم ٢١٢٣ لسنة ٥١ق جلسة ١٩٨٤/١١/٢٥)

٦- «مفاد نص المادة ٩٤٨ من القانون المدني- وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة- أن النزول عن الحق في طلب الأخذ بالشفعة كما يكون صريحاً يكون ضمنياً- وذلك بإتيان الشفيع عملاً أو تصرفاً أو اتخاذه موقفاً يفيد حتماً رغبته عن استعمال هذه الرخصة أو يكشف بوضوح في دلالته عن هذا النزول- فإذا تمسك المشتري بمثل هذا النزول وطلب تمكينه من إثباته بشهادة الشهود، وخلت أوراق الدعوى مما يحول دون ذلك أو يكفي لتكوين عقيدة المحكمة في شأنه بما يغني عن إجراء التحقيق وجب على المحكمة أن تجيب هذا الطلب، فإن لم تعرض له كان حكمها مشوباً بالقصور والإخلال بحق الدفاع».

(طعن رقم ١٣٩٠ لسنة ٥٦ق جلسة ١٩٨٨/١١/١٥)

٧- «لما كان النص في المادة ٩٤٨ من القانون المدني على أن يسقط الحق في الأخذ بالشفعة.... إذا نزل الشفيع عن حقه في الأخذ بالشفعة ولو قبل البيع، بما مفاده – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – أن النزول عن الحق في طلب الأخذ بالشفعة كما يكون صريحاً قد يكون ضمنياً- وذلك بإتيان الشفيع عملاً أو تصرفاً أو اتخاذه موقفاً يفيد حتماً رغبته عن استعمال هذه الرخصة أو يكشف بوضوح في دلالته عن هذا النزول، وهو بذلك يختلف عن سقوط الحق في الأخذ بالشفعة لعدم إعلان الشفيع رغبته في الأخذ بالشفعة

إلى كل من البائع والمشتري خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ الإنذار الرسمي الذي يوجهه إليه البائع أو المشتري. وكانت الطاعنة قد تمسكت أمام محكمة الاستئناف بنزول المطعون ضدها الأولى ضمناً عن هذا الحق واستدلت على ذلك بما أوردته بوجه النعي، وكان الحكم المطعون فيه قد رفض هذا الدفاع بقوله... إن ميعاد الخمسة عشر يوماً المسقط لحق الشفيع في إعلان رغبته في الشفعة يبدأ سريانه من تاريخ إنذاره رسمياً من البائع أو المشتري بوقوع البيع، وأن علمه بذلك بأي طريق آخر لا يغني عن الإنذار عملاً بالمادتين ٩٤٠، ٩٤١ من القانون المدني، ومن ثم فإن النعي على الحكم بعلم المستأنف عليها الأولى بالبيع بالمحضر الإداري في ١٩٨١/٢/٢٨ يكون على غير أساس من القانون» فإنه يكون قد فهم دفاع الطاعنة على غير مرماه وقد حجبه هذا الفهم الخاطئ عن تمحيص دفاعها والرد عليه بما يعيبه ويوجب نقضه».

(طعن رقم ٣٩١ لسنة ٥٩ق جلسة ١٩٨٩/١٢/١٢)

٨- «المقرر في قضاء هذه المحكمة - أن النزول الضمني عن الحق في طلب الأخذ بالشفعة يستلزم صدور عمل أو تصرف من الشفيع بعد البيع المشفوع فيه يفيد حتماً رغبته في عدم استعماله هذا الحق واعتبار أن المشتري مالكاً نهائياً للمبيع وأن استخلاص هذا النزول الضمني هو من مسائل الواقع التي تستقل بها محكمة

الموضوع، والأصل في الإجراءات أنها روعيت وحسبها أن تقيم قضاءها على أسباب مبررة تكفي لحمله».

(طعن رقم ٩٢٣ لسنة ٥٩ق جلسة ١٩٩٤/١/١٩)

غير أن محكمة النقض تخلط في قضائها بين استخلاص التعبير الضمني بوضوح من الظروف وبين اتخاذ موقف لا تدع ظروف الحال شكاً في دلالته على حقيقة المقصود باعتباره تعبيراً صريحاً لا ضمنياً.

إذ قضت بأن:

«لئن كان تراخي الشفيع في اتخاذ إجراءات الشفعة لا يفيد بذاته نزولاً عن حقه فيها، إلا أنه إذا لابست هذا التراخي ظروف يستفاد منه بجلاء رغبة الشفيع عن استعمال حق الشفعة- بإتيانه عملاً أو تصرفاً أو اتخاذه موقفاً لا يدع مع تراخيه هذا مجالاً للشك في دلالته على تلك الرغبة فإنه يكون قد نزل بذلك ضمناً عن حقه في الشفعة وسقط بهذا النزول الضمني حقه فيها عملاً بنص المادة ٩٤٨ من القانون المدني».

(طعن رقم ٩٥٧ لسنة ٤٤ق جلسة ١٩٨٧/١٢/٢٩)

١٥٣ ـ أمثلة للنزول الضمني:

من أمثلة النزول الضمني ما يأتي:

١- أن يقوم الشفيع بالوساطة في البيع بين البائع والمشتري.

٢- أن يتفق الشفيع مع المشتري على تقرير حق ارتفاق لمصلحة العقار المبيع[١] أو عليه.

٣- أن يضمن الشفيع المشتري في الثمن.

٤- أن يتصرف المشتري في العقار بالبيع إلى الغير في حضور الشفيع ومع شهادته في البيع.

٥- نزول الشفيع عن الشفعة للغير، فالشفعة لا يجوز النزول عنها للغير، فيحقق مثل هذا النزول معنى إسقاطها[٢].

٦- إقامة الشركاء المشتاعين بناء بقصد تمليك طوابقه أو شققه للغير بطريق البيع، إذ يعتبر ذلك نزولاً منهم عن حقهم في أخذ الطوابق أو الشقق بالشفعة عند بيع أحدهم نصيبه فيه.

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن:

(أ) - «أجازت المادة ١/٩٤٨ من القانون المدني النزول عن الحق في الأخذ بالشفعة قبل البيع، وعلى ذلك فإذا أقام الشركاء المشتاعون بناء بقصد تمليك طوابقه وشفعة للغير بطريق البيع عد هذا نزولاً منهم عن حقهم في أخذ الطوابق أو الشقق بالشفعة عند

---

(١) عبد المنعم الصده ص٤٩٤.

(٢) رمضان أبو السعود ص٢٦٤.

بيع أحدهم لنصيبه فيها، وهذا هو المفهوم الصحيح لإرادة الشركاء المشتاعين في نظام تمليك الطوابق والشقق».

(طعن رقم ٥٣١ لسنة ٤٦ق جلسة ١٩٧٨/٦/٧)

(ب) - «إذا كانت المادة (٩٤٨) من القانون المدني قد أجازت النزول عن الحق في الأخذ بالشفعة قبل البيع الذي يرتب هذا الحق، وكان قيام مالك الأرض بإقامة مبان عليها بقصد تمليك طوابقه وشققه للغير بطريق البيع يعد نزولاً منه عن حقه في أخذ الطوابق أو الشقق بالشفعة عند إعادة بيعها باعتباره المفهوم الصحيح لإرادة المالك الأصلي في نظام تمليك الطوابق أو الشقق».

(طعن رقم ١٣١٧ لسنة ٥٠ق جلسة ١٩٨١/٣/١٩)

(ج) - «إذ كان البين من عقد البيع وشركة التضامن المؤرخ ١٩٦٩/١٢/٢٥ المحرر بين .... مورثة المطعون ضدهم ثانياً ومورثة المطعون ضدهم أولاً قيام الأولى ببيع نصف قطعة الأرض التي قامت بشرائها بالعقد المؤرخ ١٩٦٩/١٢/٤ للثانية ونص في البند الثالث من العقد على اتفاقهما على تكوين شركة تضامن بينهما نشاطها تجزئة قطعة الأرض هذه وعرضها للبيع وقد وضع هذا العقد موضع التنفيذ فعلاً كما جاء بتقرير الخبير المقدم في الدعوى رقم ١٧ لسنة ١٩٩٢ مدني جزئي المنتزة والذي اتخذه الحكم المطعون فيه سنداً لقضائه حيث أثبت الخبير تجزئة قطعة الأرض

المملوكة للطرفين إلى اثنتين وأربعين قطعة تم بيعها جميعها من الطرفين وهو ما يفيد نية البائعين إلى تمليك القطع بطريق البيع ونزولا في ذات الوقت عن حقهما في أخذ أي منها بالشفعة سواء صدر البيع منهما معاً أو من أحدهما مما يجعل دعوى الشفعة غير مقبولة، وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر وقضى للمطعون ضدهم أولاً بالأحقية في أخذ قطعة الأرض المبيعة للطاعن من المطعون ضدهم ثانياً أحد الملاك بالشفعة على سند من قيام حالة الشيوع وعدم إجراء قسمة بين الشركاء فإنه يكون قد خالف القانون».

(طعن رقم ٢٧٦٨ لسنة ٦٩ق جلسة ٢٠٠١/١/١١)

٧- تعامل الشفيع مع المشتري باعتباره مالكاً للأرض المشفوع فيها.

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن:

(أ) - «النزول الضمني عن الحق في الأخذ بالشفعة، ذلك هو كل ما يدل على رضا الشفيع بالبيع وحكمه للمشتري وهو ثبوت الملك له من شأنه أن يفيد النزول عن الحق في الأخذ بالشفعة، فإذا ساوم الشفيع المشتري على العقار المشفوع فيه بأن طلب بيعه له بثمن شرائه أو بما يزيد عنه، فإن ذلك يعني طلب تمليك بعقد جديد من هذا المشتري، وفي ذلك دلالة الرضا به مالكاً بمقتضى البيع

الصادر إليه، كذلك فإن طلب الشفيع من المشتري مقاسمته العقـار المشفوع فيه أو إشراكه في جزء منه يفصح في دلالته عن الإعراض عن استعمال الحق في الأخذ بالشفعة ورضائه بالمشتري مالكاً، وهذه أمور اعتبرت لهذا السبب من مسقطات الشفعة في فقه الشريعة الإسلامية التي هي مصدر نظام الشفعة في القانون المدني».

(طعن رقم ١٤٧٨ لسنة ٤٨ق جلسة ١٩٨٢/١١/١١)

(ب) – لما كان الثابت بالمحضر الإداري- المرفق صورته الرسمية ضمن الأوراق- أن الطاعنة قررت به أن مالك الأرض المجاورة لأرضها- وهو المطعون ضده- قام بهدم السور المحيط بأرضها وتعدى على مساحة منها وطلبت إلزامه بالتعهد بإعادة الحال إلى ما كانت عليه، وهو ما يدل على تعاملها معه باعتباره مالكاً للأرض المشفوع فيها فإن استدلال الحكم المطعون فيه من ذلك على تنازلها عن حقها في طلب أخذها بالشفعة يكون استدلالاً سائغاً».

(طعن رقم ١٢٨ لسنة ٥٠ق جلسة ١٩٨٥/٣/٢٨)

١٥٤ـ أمثلة لما لا يعتبر نزولاً ضمنياً:

لا يعتبر نزولاً ضمنياً عن الحق في الشفعة ما يلي:

١- أن يكون الشفيع، وهو مستأجر للأرض المشفوع فيها، قد اتفق مع البائع على فسخ إجارتها وتعهد له بتسليمها إلى المشتري.

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن:

«....... ولا يعتبر الشفيع متنازلاً عن حقه في الشفعة إلا إذا صدر منه ما يفيد أنه اعتبر المشتري مالكاً نهائياً للمبيع ولا يكفي في ذلك أن يكون الشفيع وهو مستأجر للأرض المشفوع فيها قد أتفق مع البائع على فسخ إجارتها وتعهد له بتسليمها إلى المشتري ولم يبادر إلى طلبها بالشفعة قبل أن يتكبد المشتري مصاريف التسجيل وغيرها، فإن القانون قد جعل للشفيع مدة خمسة عشر يوماً لإبداء رغبته، فمتى أبداها في هذا الميعاد فلا يصح أن يؤاخذ بعدم إبدائها بعد العلم بالبيع مباشرة أو بعده بأيام قلائل».

(طعن رقم ٦٦ لسنة ١٤ق جلسة ١٩٤٥/٢/١٥)

٢- أن يرفض الشفيع أخذ العين المشفوع فيها بالثمن الذي طلبه المشفوع منه لاستكثاره هذا الثمن على الثمن الحقيقي.

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن:

«إذا كان ما حصلته المحكمة هو أن الشفيع إنما رفض أخذ العين المشفوع فيها بالثمن الذي طلبه المشفوع منه لاستكثاره هذا الثمن على الثمن الحقيقي، واستخلصت من ذلك أن الشفيع لا يعتبر متنازلاً عن طلب الشفعة، وكان ما أوردته المحكمة ثابتاً في التحقيق

ومن شأنه أن يؤدي إلى ما استخلصته منه فلا محل للنعـــي عليهـــا بأنها خالفت التحقيق».

(طعن رقم ٣٠ لسنة ١٥ق جلسة ١٩٤٥/١٢/٢٠)

٣- دفع الشفيع المستأجر الأموال الأميريـــة المســـتحقة علـــى الأرض بعد توقيع الحجز على الزراعة.

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن:

«إذا كان الشفيع مستأجراً للأرض التي يشفع فيها من قبل بيعها إلى المشفوع منه، ثم حدث بعد بيعها له أن أوقع الصراف الحجـــز الإداري على زراعة الشفيع في هذه الأرض وفاء للأموال الأميرية المستحقة عليها، وذكر في محضره اسم المشـــفوع منـــه باعتبـــاره مالكاً، ثم قبل اليوم المحدد لبيع الزراعة المحجوزة باع الشفيع هـــذه الزراعة ودفع ثمنها من أصل الأموال المحجوز بها، ثم لمـــا أقـــام ملاك الأرض المؤجرة، ومن بينهم المشفوع منه، حالا محل المالك الذي باعه الأرض، الدعوى على الشفيع مطالبين بأجرتها طلب هذا أن يخصم منها ما دفعه من الأموال، فاستخلصت المحكمة من ذلك أن الشفيع قد أقر المشفوع منه على ملكيته وتنازل له ضـــمناً عـــن حقه في الشفعة، فهذا الاستخلاص يكون حاصلاً ممـــا لا يفيـــده، إذ الأموال الأميرية تستحق على الأرض بصرف النظر عن شـــخص مالكها، ودفعها كان مخولاً للمستأجر (الشفيع) في عقـــد الإيجـــار،

وهو لم يدفعها إلا بعد توقيع الحجز على الزراعة، وبهـذا يكـون الحكم معيب التسبيب متعيناً نقضه».

(طعن رقم ١٢٦ لسنة ١٥ق جلسة ١٩٤٦/١٢/٥)

٤- قبول الشفيعة تعامل زوجها بوصفه مستأجراً مع المشتري.

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن:

«النزول الضمني عن الحق في طلب الأخذ بالشـفعة يسـتلزم صدور عمل أو تصرف من الشفيع يفيد حتماً رغبته عن اسـتعمال هذه الرخصة بأن ينطوي على اعتبار المشتري مالكاً نهائياً للمبيع. لما كان ذلك، وكان مجرد قبول المطعون ضدها الأولى- بفـرض ثبوته- لتعامل زوجها بوصفه مستأجراً مع الطاعن بوصفه مـؤجراً محولاً إليه عقد الإيجار، سواء بالنسبة لاستمرار العلاقة الإيجاريـة أو بالنسبة لغرض إنهائها مقابل مبلغ نقـدي، لا يفيـد حتمـاً أنهـا اعتبرت الطاعن مالكاً نهائياً لهذه الأطيان المؤجرة ونزلت بذلك عن حقها في طلب الشفعة».

(طعن رقم ٧٦٣ لسنة ٤٩ق جلسة ١٩٨٠/٥/٢٩)

٥- المساومة حول التنازل عن حق الشفعة.

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن:

«من المقرر في قضاء هذه المحكمة أن النزول الضـمني عـن الشفعة يفترض فيه حصول البيع ثم صدور عمل أو تصـرف مـن

الشفيع بعد ذلك يفيد الرغبة عن استعمال حق الشفعة وكان الحكم المطعون فيه قد استخلص في حدود سلطته الموضوعية بأسباب سائغة من أقوال الشهود أن المساومة كانت حول التنازل عن حق الشفعة وليس المساومة على شراء الشفيع للعقار المشفوع فيه من المشتريات وانتهى صحيحاً إلى تكييف مثل هذه المساومة بأنها لا تفيد النزول عن حق الشفعة وفقاً للمادة ٩٤٨ من القانون المدني وتقضي للشفيع (المطعون عليه الأول) بطلباته فإنه لا يكون قد خالف القانون».

(طعن رقم ٥٤٢ لسنة ٤٧ق جلسة ١٩٨١/١/٨)

٦- مجرد عرض العقار المشفوع فيه على الشفيع ورفضه شراءه.

وقد قضت محكمة النقض بأن:

«المقرر- في قضاء محكمة النقض - أن التنازل الضمني عن الشفعة يفترض فيه حصول البيع ثم صدور عمل أو تصرف من الشفيع بعد ذلك يفيد حتماً الإعراض عن استعمال حق الشفعة، واعتبار المشتري مالكاً نهائياً للمبيع، وأن مجرد عرض العقار المشفوع فيه على الشفيع وعدم قبوله شراءه لا يعد تنازلاً عن حقه في أخذه بالشفعة إذا بيع، ومن ثم فإنه بافتراض صحة ما يثيره الطاعن من أنه عرض على المطعون ضده الأول شراء العقار

موضوع النزاع فرفض، فإن ذلك لا يسقط حقه في أخذه بالشفعة طالما لم يصدر منه ما ينبئ عن رغبته عن استعمال هذا الحق، الأمر الذي يصبح معه طلب الإحالة إلى التحقيق (الموجه من الطاعن لإثبات العرض والإيداع سالف الذكر) غير منتج حتى مع التسليم بصحة الوقائع المطلوب إثباتها، ولا على المحكمة إذا هي لم تستجب إلى هذا الطلب».

(طعن رقم ٣٢٦٩ لسنة ٦٢ق جلسة ٢٠٠١/١/٣٠ – لم ينشر بعد).

٧- تراخي الشفيع في اتخاذ إجراءات الشفعة، إلا إذا لابست هذا التراخي ظروف يستفاد منها بجلاء رغبة الشفيع عن استعمال حقه.

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن:

«لئن كان تراخي الشفيع في اتخاذ إجراءات الشفعة لا يفيد بذاته نزولاً عن حقه فيها، إلا أنه إذا لابست هذا التراخي ظروف يستفاد منها بجلاء رغبة الشفيع عن استعمال حق الشفعة- بإتيانه عملاً أو تصرفاً أو اتخاذه موقفاً لا يدع مع تراخيه هذا – مجالاً للشك في دلالته على تلك الرغبة فإنه يكون قد نزل بذلك ضمناً عن حقه في الشفعة وسقط بهذا النزول الضمني حقه فيها عملاً بنص المادة ٩٤٨ من القانون المدني.

(طعن رقم ٩٥٧ لسنة ٥٤ق جلسة ١٩٨٧/١٢/٢٩)

١٥٥ ـ جواز النزول عن الشفعة قبل البيع:

يجوز نزول الشفيع عن حقه في أخذ العقار بالشفعة ولو قبل حصول البيع. وقد قضت صراحة على ذلك الفقرة الأولى من المادة.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدي أن ما أريد بذلك هو تمكين المشتري من أن يأمن جانب الشفيع قبل أن يقدم أحد على الشراء[١].

---

(١) مذكرة المشروع التمهيدي ج٦ ص٤٤٤- أما في ظل قانون الشفعة الملغي، فقد اتجه القضاء إلى أن النزول عن الشفعة مقدماً لا يجوز، لأنه لا يصح النزول عن الحق قبل ثبوته وذلك أخذاً بما يقول به فقهاء الشريعة الإسلامية (على الخفيف ص١٣١ - على قراعه دروس المعاملات الشرعية ١٣٧١هـ - ١٩٥١م ص٢٢٩). ولكن محكمة النقض لم تقر هذا الاتجاه حيث قضت بجواز النزول عن الشفعة مقدماً.

إذ قضت بتاريخ ١٩٥٢/٣/٢٠ في الطعن رقم ٨٧ لسنة ٢٠ق بأن:

«لما كان الاستشفاع حقاً يخول كسب الملك فإنه يجوز التنازل عنه مقدماً وفقاً للقواعد العامة ولا يغير من هذا النظر أن محل الالتزام هو حق محتمل الوجود متى كان الملتزم يعلم مقدماً كنه هذا الحق ومداه وأثر التنازل عنه. وإذن فمتى كان الحكم المطعون فيه إذ قضى بصحة التنازل عن الشفعة مقدماً بنى قضاءه على أن قانون الشفعة الصادر

ومن أمثلة ذلك قيام مالك الأرض بإقامة مبان عليها بقصد تمليك طوابقه وشققه للغير. فإنه يعد متنازلاً عن أخذ أي شيء من هذه المباني بالشفعة.

(راجع قضاء محكمة النقض المنشور بالبند السابق) وكذلك اشتراط بعض الأفراد أو الجهات التي تقوم بإقامة شقق لتمليكها للغير، على المشترين تنازلهم عن حقهم في أخذ أي شقة أخرى في العقار بالشفعة.

١٥٦ ـ وجوب أن يكون النزول عن الشفعة قبل البيع صريحاً:

يجب أن يكون النزول عن الشفعة قبل البيع صريحاً، فلا يجوز أن يكون هذا النزول ضمنياً.

وقد أوضحت ذلك محكمة النقض بقولها:

بتاريخ ٢٦ مارس سنة ١٩٠٠ والذي تسري أحكامه على موضوع النزاع وإن لم يورد من مسقطاتها إلا النزول عنها بعد البيع أخذاً برأي بعض أئمة الفقه الإسلامي إلا أنه لم ينص على تحريم الاتفاق على التنازل عنها مقدماً وأن هذا الاتفاق صحيح لعدم مخالفته للنظام العام وليس ثمة ما يوجب التقيد برأي فقهاء الشريعة في هذا الخصوص. فإن ما قرره هذا الحكم صحيح في القانون».

١- «ما يعبر عنه بالنزول عن الشفعة قبل البيع إن هو إلا تعهد من الشفيع بالامتناع عن استعمال حق الشفعة عند حصول البيع، مما يفيد أن هذا النزول يجب أن يكون صريحاً، أما النزول الضمني عن الشفعة فيفترض فيه حصول البيع ثم صدور عمل أو تصرف من الشفيع بعد ذلك يفيد الرغبة عن استعمال حق الشفعة. هذا هو مفهوم النزول الضمني عن الشفعة وهو ما كانت تقرره المادة ١٩ من قانون الشفعة الملغي إذ نصت على أنه: «يستدل على التنازل الضمني بكل عمل أو عقد يؤخذ منه أن الشفيع عرف المشتري بصفته مالك العقار نهائياً» أما ما تضمنته المادة ٩٤٨ من القانون المدني الجديد من سقوط الشفعة بالنزول عنها قبل البيع، فالمقصود منها جواز محاجة الشفيع بما يكون قد صدر منه قبل البيع من التزام بعدم استعمال حق الشفعة، وبهذا النص حسم القانون المدني الجديد الخلاف الذي كان قائماً قبل صدوره بشأن جواز محاجة الشفيع بمثل هذا الالتزام».

(طعن رقم ٣٣٠ لسنة ٢٥ق جلسة ١٩٦٠/٣/١٠)

٢- «النص في المادة ٤٨ من القانون المدني على أن: «يسقط الحق في الأخذ بالشفعة في الأحوال الآتية: ... إذا نزل الشفيع عن حقه في الأخذ بالشفعة ولو قبل البيع..» يدل على أن ما يعبر عنه بالنزول عن الشفعة قبل البيع إن هو إلا تعهد من الشفيع بالامتناع

عن استعمال حق الشفعة عند حصول البيع مما يفيد أن هذا النزول يجب أن يكون صريحاً، أما النزول الضمني عن الشفعة فيفترض فيه حصول البيع ثم صدور عمل أو تصرف من الشفيع بعد ذلك يفيد الرغبة عن استعمال حق الشفعة».

(طعن رقم ١٢٤٧ لسنة ٥٢ق جلسة ١٩٨٦/٥/٦)

١٥٧ ـ إلى متى يتم التنازل عن الأخذ بالشفعة؟

يجوز للشفيع أن ينزل عن الشفعة بعد طلبها، ويظل له الحق في النزول ما دام لم يتم الأخذ بالشفعة بمقتضى حكم أو بالتراضي. أما إذا تم الأخذ بالشفعة، لأن رضاء المشتري هو قبول لذلك الإيجاب الذي عرضه الشفيع بالطلب، ومن ثم يتم عقد بين الاثنين بملكية الشفيع للعين واستحقاق المشتري للثمن، ولا يجوز لأحدهما فسخه إلا برضاء الآخر أو بحكم القضاء. وإذا حكم بثبوت الشفعة فإن الشفعة تصبح ملكاً للشفيع والثمن حقاً للمشفوع منه، فلا يملك الشفيع النزول عن حكم الشفعة[١].

ولا يجوز مطالبة الشفيع المتنازل عن الأخذ بالشفعة بالتعويض، ما دام الأخير قد استعمل حقه في حدود القانون، فلم يسرف في استعماله ولم يفرط فيه، وما دام لم يصب المشفوع منه ضرر ما

---

(١) محمد كامل مرسي ص٥٧٠ – عبد المنعم الصده ص٤٩٤.

من قبل الشفيع، وحتى إذا كانت الأثمان قد هبطت فلا يلزم بتعويض، لأن هبوط أسعار العقارات ليس من فعل الأخير[١].

وقد قضت محكمة النقض بأن:

«إذ كان الحق في أخذ العقار المباع بالشفعة ينشأ بمجرد بيعه دون توقف على إنذار الشفيع بانعقاد هذا البيع من أحد طرفيه وكان المشرع قد نص في المادة ٩٤٨ من القانون المدني على سقوط الحق في الأخذ بالشفعة إذا نزل الشفيع عنه فإن الحكم المطعون فيه إذ أقام قضاءه على جواز التنازل عن الحق في الأخذ بالشفعة دون توقف على إنذار الشفيع يكون قد التزم صحيح القانون».

(طعن رقم ١٢٨ لسنة ٥٢ق جلسة ١٩٨٥/٣/٢٨)

١٥٨ ـ كيفية التمسك بالنزول عن الحق في الأخذ بالشفعة:

يتم التمسك بنزول الشفيع عن حقه في الأخذ بالشفعة في صورة دفع يدفع به البائع أو المشتري دعوى الشفعة التي يرفعها الشفيع.

وهذا الدفع يجب أن يبدي في صيغة صريحة جازمة تقرع سمع المحكمة فتدل على إصرار من أبداه على التمسك به دون غيره من

---

(١) محمد كامل مرسي ص٥٦٥ وما بعدها – السنهوري ج٩ ص٦٠٦ هامش (١)– محمود جمال الدين زكي ص٣٩٦.

الدفوع التي قد تختلط معه لأن العبرة بحقيقة الدفع ومرماه لا بالتسمية التي تطلق عليه[1].

وقد قضت محكمة النقض بأن:

«الدفع بنزول الشفيع عن حقه في الأخذ بالشفعة يجب أن يبدي في صيغة صريحة جازمة تقرع سمع المحكمة فتدل على إصرار من أبداه على التمسك به دون غيره من الدفوع التي قد تختلط معه لأن العبرة بحقيقة الدفع ومرماه لا بالتسمية التي تطلق عليه، وإذ كان الثابت أن الطاعنين لم يبدو هذا الدفع أمام محكمة أول درجة وكان قولهم أن الصفقة عرضت على الشفيع قبل البيع فرفضها لا يفيد بذاته إبداءه لأن مجرد عرض العقار المشفوع فيه على الشفيع وعدم قبوله شراءه لا يعد تنازلاً عن حقه في أخذه بالشفعة إذا بيع، وكان الطاعنون لم يبدو الدفع بالنزول في استئنافهم فلا جناح على المحكمة إن هي لم ترد عليه بوصفه دفعاً أو دفاعاً لم يبد أمامها أو يعرض عليها».

(طعن رقم ٥٣١ لسنة ٤٠ق جلسة ١٩٧٥/١١/٢٦)

---

(١) المستشار عزت حنوره ص٢٩١ – نبيل إبراهيم سعد ص٤٥٣.

ولما كان هذا الدفع يقوم على واقع فإنه لا يجوز التحدي به لأول مرة أمام محكمة النقض.

وفي هذا قد قضت محكمة النقض بأن:

«لا يجوز للمشتري أن يتمسك لأول مرة أمام محكمة النقض بتنازل الشفيع عن حقه في الشفعة لتهنئته له بالصفقة».

(طعن رقم ٣٠٤ لسنة ٢٢ق جلسة ١٩٥٦/٣/١٥)

١٥٩ ـ عدم التوسع في تفسير التنازل عن الشفعة:

النزول عن الشفعة في البيع يؤدي إلى سقوط الحق فيها، ومن ثم فإنه يعتبر استثناء من الأصل العام الذي يجيز الشفعة، فلا يجوز التوسع في تفسيره.

فإذا كان التنازل عن حق الشفعة مقصور على البيع الذي قد يصدر للغير على الأرض المجاورة من الجار المتنازل له، فإن هذا لا يتعدى إلى البيع الصادر للغير من مشتري هذه الأرض [(١)].

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن:

١- «النص في عقد البيع على تنازل المشتري عن استعمال حق الشفعة بالنسبة إلى البائع وخلفائه المباشرين هو استثناء من

---

(١) عبد المنعم البدراوي ص٤٧٧ – محمود جمال الدين زكي ص٣٩٧ – منصور مصطفى منصور ص٣٥٥.

الأصل العام الذي يجيز الشفعة في نطاق الحدود التي بينها القانون فلا يجوز التوسع في تفسيره».

٢- «متى كانت المحكمة قد فسرت الشرط الوارد في عقد البيع بمنع المشتري من استعمال حق الشفعة تفسيراً سليماً واستخلصت منه أنه لا يفيد سوى البائع وخلفائه المباشرين، فإنه يكون غير منتج النعي عليها بأنها لم تبحث في جواز تطبيق المادة ١٤٦ من القانون المدني».

(طعن رقم ٢٤٣ لسنة ٢٢ق جلسة ١٩٥٥/٢/١٧)

١٦٠ ـ قصر الاستفادة من النزول على المتنازل له:

من المقرر أن أثر التنازل عن الشفعة نسبي، بمعنى أنه لا يحتج به إلا من صدر التنازل لمصلحته، فإذا نزل جار له حق الشفعة عن حقه هذا قبل مشتر فلا يعتبر هذا نزولاً منه عن حقه قبل كل مشتر لاحق، لأن النزول في هذه الحالة هو نزول عن حق شخصي ليس له صفة الحق العيني الذي يلازم العين المبيعة أبداً[١].

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن:

١- «متى كان الطاعن قد تمسك بأن تنازله عن حق الشفعة مقصور على البيع الذي قد يصدر للغير من جاره المتنازل له

---

(١) محمد على عرفه ص٥٧٩.

والواقع على الأرض المجاورة وبالتالي فإنه لا يتعدى إلى البيع الصادر للغير من مشترى هذه الأرض ولم يرد الحكم على هذا الدفاع الجوهري فإنه يكون قاصرا قصوراً يستوجب نقضه».

(طعن رقم ١٦ لسنة ٢٠ق جلسة ١٩٥٢/٣/٢٠)

٢- «متى كانت المحكمة قد فسرت الشرط الوارد في عقد البيع بمنع المشتري من استعمال حق الشفعة تفسيراً سليماً واستخلصت منه أنه لا يفيد سوى البائع وخلفائه المباشرين، فإنه يكون غير منتج النعي عليها بأنها لم تبحث في جواز تطبيق المادة ١٤٦ من القانون المدني».

(طعن رقم ٢٤٣ لسنة ٢٤ق جلسة ١٩٥٥/٢/١٧)

٣- «إن الشفعة رخصة والتنازل عنها التزام لا يرتبط به إلا من ارتضاه، ومن ثم فإن الحكم المطعون فيه لم يخطئ إذ لم يعتد بتنازل البائع إلى المطعون عليها في عقد شرائه من الشركة البائعة له عن حق الشفعة لأن هذا التنازل لا يعتبر حقاً عينياً يتبع العقار في يد كائن من كان».

(طعن رقم ٣٢٢ لسنة ٢٠ق جلسة ١٩٥٣/١/٢٩)

١٦١ـ التنازل عن دعوى الشفعة وتكييفه:

تنص المادة (١٤٣ مرافعات) على أنه: يترتب على ترك الخصومة إنهاء جميع إجراءات الخصومة بما في ذلك رفع

الدعوى... والحكم على التارك بالمصاريف، ولكن لا يمس ذلك الحق المرفوعة به الدعوى» وواضح أن ترك الدعوى من شأنه أن يمحو آثار صحيفة الدعوى، ومن ثم فإن ترك الخصومة في دعوى الشفعة يؤدي إلى اعتبار التنازل عن الدعوى تنازلاً عن الحق ذاته. وذلك لأن المشرع قد ربط في هذا المجال بين الحق وإجراءاته، ورتب على عدم مراعاة الإجراءات سقوط ذات الحق. فإذا تنازل الشفيع عن دعواه وزال بذلك أثر صحيفتها، فإنه لا يستطيع بعد ذلك أن يطلب الشفعة مرة أخرى لاستحالة توجيه هذا الطلب بعد فوات المواعيد المحددة في القانون [١].

وترتيباً على ذلك قضت محكمة النقض بأن:

«متى كان الواقع في الدعوى هو أن المطعون عليها الثانية آلت إليها أطيان بطريق الاسترداد من الشركة العقارية ومصلحة الأملاك الأميرية تنفيذاً لقرار مجلس الوزراء الصادر في ٢٧ من نوفمبر سنة ١٩٣٥ فطلبت الطاعنة أخذ هذه الأطيان بالشفعة وأقامت الدعوى بذلك وفي أثناء نظرها أمام محكمة أول درجة تنازلت المطعون عليها الثانية إلى المطعون عليه الأول عن هذه الأطيان، ولما قضت محكمة أول درجة برفض تلك الدعوى أقامت الطاعنة

---

(١) محمد على عرفه ص٥٧٩ وما بعدها – محمد كامل مرسي ص٥٨٠.

دعوى شفعة جديدة على أساس التنازل المشار إليه كما استأنفت الحكم الصادر برفض دعواها الأولى وطلبت في دعوى الشفعة الثانية الإيقاف حتى يفصل نهائياً في الدعوى الأولى، فلما قضى في استئناف الحكم الصادر في الدعوى الأولى للطاعنة بالشفعة طعنت فيه المطعون عليها الثانية بطريق النقض وأعلنت الشفيعة بهذا الطعن ثم وجه المطعون عليه الأول إنذاراً للطاعنة يعرض فيه عليها أن تحل محله في العقد موضوع دعوى الشفعة الثانية مقابل أن تدفع إليه ما عجله من الثمن على أن يتم ذلك في خلال أسبوع من تاريخ الإنذار، وبعد انقضاء هذه المدة دون أن ترد الطاعنة على هذا الإنذار قررت هذه الأخيرة في الجلسة المحددة للمرافعة في دعوى الشفعة الثانية نزولها عن هذه الدعوى لقضاء محكمة الاستئناف في الدعوى الأولى بالشفعة لها وأثبتت المحكمة نزولها عن دعواها، ثم قضى من محكمة النقض بنقض الحكم المشار إليه فأقامت الطاعنة دعوى شفعة جديدة وصفتها بأنها تجديد للدعوى الثانية التي زعمت أنها نزلت عنها اضطراراً بعد أن قضى لمصلحتها نهائياً في دعوى الشفعة الأولى، وكان الحكم المطعون فيه إذ قضى بتأييد الحكم الابتدائي الصادر برفض هذه الدعوى الأخيرة قد أقام قضاءه على أن تنازل المدعية عن دعوى الشفعة الثانية كان تنازلاً اختيارياً انصب على ذات الحق وعلى أنه يفرض

أنه كان مقصوراً على ترك المرافعة في الدعوى فإن هـذا التـرك يترتب عليه إلغاء جميع إجراءات الدعوى بما فيها ورقة التكليـف بالحضور ويزيل كل الآثار التي ترتبت على إقامتهـا مـن حفـظ الطلب وقطع مدة التقادم وأنه يتفرع عن ذلك أن تكـون الـدعوى الجديدة قد رفعت بعد الميعاد المنصوص عليها في المادة ١٥ مـن قانون الشفعة، متى كان الأمر كذلك فإن الحكم لا يكون قد خـالف القانون في تكييفه للتنازل المشار إليه وفيما رتبه عليه من آثار كما أنه لا يكون قد خالف المادة ٣١ من المرسوم بقانون بإنشاء محكمة النقض ما دامت المحكمة قد أثبتت في حدود سلطتها الموضـوعية وبأدلة سائغة أن تنازل الطاعنة كان تنازلاً اختيارياً ولم يكن نتيجـة حتمية للحكم الصادر من محكمة الاستئناف بأحقيتها فـي دعـوى الشفعة الأولى أيا كان الباعث لها على هذا التنازل إذ صدر منهـا وهي على علم بقيام الطعن بطريق النقض فـي الحكـم المـذكور واحتمال القضاء فيه على غير مصلحتها وأنها بالرغم مـن ذلـك اختارت التنازل الصريح دون طلب إيقاف الفصل في دعوى الشفعة الثانية حتى يفصل في الطعن المذكور».

(طعن رقم ٢٢٣ لسنة ١٨ق جلسة ١٩٥١/٥/٣١)

١٦٢ ـ لا يجوز الرجوع في التنازل عن الأخذ بالشفعة:

ليس للشفيع الذي ينزل عن حقه في الشفعة أن يعود إلى طلبه.

غير أن الحق في الشفعة يتجدد ويمكن استعماله عند كل انتقال للملكية. فإذا نزل شفيع عن حق شفعته فهذا النزول لا يحتج به عليه إذا ما انتقلت الملكية لمالك جديد، إذ يجوز له في هذه الحالة أن يطالب بالشفعة، إذ أن نزوله لم يكن إلا بالنسبة إلى المالك السابق(١).

١٦٣ ـ مدى التزام الخلف العام بتنازل سلفه عن الشفعة:

يعتبر النزول عن الحق في الأخذ بالشفعة بالنسبة للخلف العام من قبيل الالتزام وبالتالي يعتبر ديناً في تركة المورث ويسأل عنه الورثة في حدود هذه التركة ويجب الوفاء به عيناً قبل أن يخلص له حقه في التركة. وعلى ذلك إذا كان المورث قد نزل عن الأخذ بالشفعة كأن اشترى عقاراً والتزم في عقد البيع بعدم طلب الشفعة عند بيع أحد العقارات المجاورة لهذا العقار وبعد الوفاة اختص أحد الورثة بهذا العقار، ثم حدث أن بيع أحد العقارات المجاورة لهذا العقار فإنه لا يجوز لهذا الوارث أن يطلب الأخذ بالشفعة بعد أن يثبت الحق فيها وذلك لسبق نزول المورث عنها، أما إذا كان المورث قد نفذ الالتزام بعدم طلب الشفعة في حياته بأن تم بيع العقار ولم يطلب الشفعة فيه فلا يكون على الورثة شيء، وإذا توفر

---

(١) محمد كامل مرسي ص٥٦٦- رمضان أبو السعود ص٢٦٥.

لهم سبب من أسباب الشفعة خاص بهم بالنسبة للعقار الذي سبق وأن نزل المورث عن حق الأخذ بالشفعة فيه فإنه يجوز لهم الحق في الأخذ بالشفعة[1].

١٦٤ـ مدى التزام الخلف الخاص بالتنازل عن الشفعة:

الخلف الخاص، هو من يتلقى من سلفه مالا معيناً أو حقاً عينياً فإذا كان قائماً في ذمة السلف، كالمشتري والموهوب له والموصي له بعين معينة... إلخ فإذا اشترى شخص قطعة أرض مستصلحة من شركة استصلاح الأراضي والتزم في عقد الشراء بعدم المطالبة بالشفعة عند بيع الشركة للقطع المجاورة، ثم قام المشتري ببيع هذه القطعة التي اشتراها إلى مشتر ثان.

فيثور التساؤل عن مدى التزام المشتري الثاني بما التزم البائع له من عدم المطالبة بالشفعة.

وقد ذهب رأي في الفقه إلى أن الخلف يتقيد بالنزول عن الأخذ بالشفعة الصادر من سلفه طبقاً لنص المادة (١٤٦ مدني) التي تنص على أنه: «إذا أنشأ العقد التزامات وحقوقاً شخصية تتصل بشيء انتقل بعد ذلك إلى خلف خاص، فإن هذه الالتزامات والحقوق تنتقل إلى هذا الخلف في الوقت الذي ينتقل فيه الشيء إذا كانت من

---

(١) نبيل إبراهيم سعد ص٤٥ وما بعدها.

مستلزماته، وكان الخلف الخاص يعلم بها وقت انتقال الشيء إليـــه» ذلك أن النزول عن الشفعة مقتضاه الالتزام بعدم المطالبة بها، وهذا الالتزام من شأنه أن يحد من حرية النازل في مباشرة رخصة مـــن الرخص التي تثبت له بوصفه مالكاً، فهو من هذا يحد مـــن حريـــة الانتفاع بالمال، فيعتبر محدداً للشيء، ومن ثم يكون من مستلزماته، ومؤدى هذا أن ينتقل الالتزام بعدم المطالبة بالشفعة إلى المشـــتري الثاني إذا كان يعلم به وقت صدور عقد شرائه[1].

بينما ذهب رأي آخر إلى أن الخلف الخـــاص لا يلتـــزم بهـــذا التنازل، لأن هذا التنازل لا يعدو كونه التزامـــاً شخصـــياً لا يتبـــع العقار ولا يلتزم به إلا من رضيه صراحة. فإذا خلا عقد المشتري اللاحق من هذا الشرط فلا التزام عليه بالتنازل عـــن الشـــفعة. ولا يعترض على ذلك بأن شرط التنازل قد فرضته الشركة علـــى كـــل مشتر منها وعلى كل من يتلقى حق الملكية عن المشترين منها وأن هذا الشرط أصبح مشهوراً معروفاً بالتواتر للناس وخصوصاً لكـــل من يتعامل بالشراء أو البيع في أراضي الشركة التي وضعت هـــذه الشروط لحماية جميع المتعاملين في أراضيها. وأنه لذلك يعتبر كل

---

(١) عبد المنعم الصده ص٤٩٦ – نبيل سعد ص٤٥١ وما بعدها– محمد على عمران ص١٦٠.

مشتر لقطعة من هذه الأراضي قد تنازل ضمناً عن حق الأخذ بالشفعة ولو لم يرد بعقد شرائه نص صريح على قبول شروط قائمة بيوع الشركة، لأن هذه الشروط قد تواترت بين الناس حتى أصبحت بمثابة شرط ضمني لكل تعاقد، فلا يكفي للتحلل منها مجرد إغفالها لأن هذا الاعتراض محله أن يعتبر القيد الذي فرضته الشركة على المشترين منها بالامتناع عن المطالبة بالشفعة حقاً عينياً يتبع العقار في أيدي ملاكه المتعاقبين، والحال أن هذا القيد ليس متضمناً لحق ارتفاق عيني، وإنما هو تنازل من المشترين عن استعمال حق أجازه القانون لهم، فهو بهذه المثابة لا يعدو كونه التزاماً شخصياً لا يلتزم به إلا من رضيه[١].

وقد أخذت محكمة النقض بالرأي الأخير إذ قضت بأن:

«إن الشفعة رخصة والتنازل عنها التزام لا يرتبط به إلا من ارتضاه، ومن ثم فإن الحكم المطعون فيه لم يخطئ إذ لم يعتد بتنازل البائع إلى المطعون عليها في عقد شرائه من الشركة البائعة له عن حق الشفعة لأن هذا التنازل لا يعتبر حقاً عينياً يتبع العقار في يد كائن من كان».

(طعن رقم ٣٢٢ لسنة ٢٠ق جلسة ١٩٥٣/١/٢٩)

---

(١) محمد على عرفة ص٥٧٥ وما بعدها – عزت حنوره ص٢٩٠.

١٦٥ـ إثبات التنازل عن الشفعة:

كانت المادة (٢٠) من قانون الشفعة (الملغي) تنص على أنه: "يجوز إثبات التنازل الضمني عن حق الشفعة والعلم بالبيع بكافة طرق الإثبات المقررة في القانون بما فيها الإثبات بالبينة».

ولم يأت القانون المدني الجديد بنص مماثل لهذا النص، اكتفاء بالقواعد العامة.

فإذا كان التنازل صريحاً فإنه يخضع في إثبات للقاعدة المنصوص عليها بالمادة (٦٠) من قانون الإثبات، فإذا كان قيمة العقار تزيد على خمسمائة جنيه تعين إثباته بالكتابة أو ما يقوم مقامها من إقرار أو يمين.

أما إذا كان التنازل ضمنياً، فإنه قد يكون واقعة مادية أو تصرف قانوني. فإذا كان واقعة مادية جاز إثباتها بكافة الطرق، وإن كان تصرفاً قانونياً مدعى قيامه بين الشفيع وبين المتمسك بهذا النزول، فإن على هذا الأخير إثباته بالطريق القانوني المناسب[١]، ثم تأتي بعد ذلك مسألة الاستخلاص الضمني. وقد ذكرنا سلفاً أن ذلك مما يخضع لسلطة قاضي الموضوع.

---

(١) محمد كامل مرسي ص٥٦٥- المستشار - عزت حنوره ص٢٨٧.

والغالب في الحياة العملية أن يتم النزول عن الأخذ بالشفعة مقدماً. فقد يحصل هذا النزول بمقتضى اتفاق بين المشتري والشفيع قبل أن يقدم المشتري على الشراء. وقد يكون مجرد شرط في العقد ذاته الذي تملك الشفيع بموجبه العقار الذي يشفع به. ومثل ذلك ما يجري عليه العمل في العقود التي تبرمها شركات استصلاح الأراضي حيث أنها تشترط على من يشتري قطعة من أراضيها النزول مقدماً عن الحق في الأخذ بالشفعة في بيع القطع الأخرى.

السبب الثاني: انقضاء أربعة أشهر من يوم تسجيل عقد البيع:

كانت المادة (٢٢) من قانون الشفعة (الملغي) تقضي بأن: «يسقط الحق في الشفعة في سائر الأحوال بعد مضي ستة أشهر من يوم تسجيل عقد البيع وذلك بالنسبة لكافة الشفعاء.....».

وعند مناقشة النص المقابل لهذه المادة في لجنة المرحوم كامل صدقي باشا (لتحضير القانون المدني) اقترح الرئيس تخفيض مدة ستة الأشهر إلى ثلاثة فقط، وذلك لكي لا يظل مركز المشتري قلقاً أمداً طويلاً، فوافقت اللجنة على اقتراح الرئيس. كما وافقت لجنة المراجعة على هذا التخفيض، ووافق عليه مجلس النواب.

ولكن لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ اقترحت رفــع مــدة السقوط من ثلاثة أشهر إلى أربعة أشهر من تاريخ تسجيل عقد البيع توخيا للتيسير على الشفيع، فوافق المجلس على اقتراح اللجنة[١].

فللمشتري المشفوع ضده أن يتمسك بسقوط الحق في هذه الحالة متى أثبت فقط أن عقد بيعه قد سجل، وأنه قد مضى أربعة أشــهر من يوم التسجيل.

ويظهر تطبيق هذا النص في الحالة التي لا ينذر فيها البــائع أو المشتري الشفيع بإعلان رغبته في الأخذ بالشفعة، لأنه إذا تم هــذا الإنذار فإن حق الشفيع يسقط حتماً بعد انقضاء الميعاد الذي حــدده القانون لإظهار رغبته.

ويعيب هذا الحكم أنه يضع عقبة فــي ســبيل حــق الشــفعة، فالمشتري يستطيع أن يتقي الشفعة بتسجيل عقده في الحال وتــأخير وضع يده أو تحاشى إظهاره مدة أربعة أشهر، فإذا لم يعن الشخص الذي يحق له أن يشفع بالرجوع من وقت لآخر إلى دفاتر التســجيل فإنه يفقد حق شفعته[٢].

---

(١) محضر جلسة ١١ مارس سنة ١٩٣٨ مجموعة الأعمال التحضيرية ج٦ هامش ص٤٤٣.

(٢) محمد كامل مرسي في الشفعة ص٣٢٢.

١٦٦ـ مدة أربعة الأشهر مدة سقوط:

كانت المادة (٢٢) من قانون الشفعة (الملغي) تقضي صراحة بسريان مدة السقوط المحددة فيها (ستة أشهر) بالنسبة لكافة الشفعاء، ولو كان الشفيع غير أهل للتصرف أو غائباً»، ومقتضى ذلك أن هذه المدة لا يقف سريانها ولو كان الشفيع ناقص الأهلية، وذلك خلافاً لما هو مقرر في شأن مدد التقادم.

وقد ورد هذا الحكم في المشروع التمهيدي (مادة ١٣٩٧) ولكن لجنة المراجعة اقترحت خدمة اكتفاء بالقواعد العامة [١].

وهذا الحذف لا يؤثر في وجوب تطبيق الحكم المتقدم، إذ أن المدة المحددة في النص هي دون أدنى شك مدة سقوط لا مدة تقادم، ومن المقرر أن مدة السقوط لا يعتورها وقف ولا انقطاع.

ولا يشترط علم الشفيع بالبيع، لأن القانون فرض هنا علم الشفيع بحصول التسجيل بمضي أربعة الأشهر المذكورة.

ومعنى ذلك أن القاعدة التي تقضي بأن مدد التقادم لا تسري على من لا يستطيع اتخاذ الإجراءات القانونية لحفظ حقه، لا تمنع من سقوط حق الشفعة بمضي أربعة أشهر من تاريخ التسجيل إذ أن

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ج٦ ص٤٤٤.

مدة السقوط لا تقف بسبب جهل الشفيع بالبيع سبب الشفعة[١].

ويحسب الميعاد بالأشهر من الميعاد للميعاد، أي رقم اليوم من الشهر. وإذ لم ينص القانون على حساب المواعيد بالساعة وجب الرجوع لأحكام القانون العام، وحساب مبدأ سريان الميعاد من أول يوم كامل، أي من اليوم التالي[٢].

فيبتدأ سريان المدة من اليوم التالي لتسجيل عقد البيع، وتنقضي بانقضاء اليوم المقابل له في الشهر الرابع من تاريخ التسجيل (م ١٥ مرافعات). فإذا فرضنا أن العقد قد سجل في أول يناير، كان بدء سريان مدة السقوط هو ٢ يناير، وتنقضي في ٢ مايو. فإذا رفعت دعوى الشفعة في ٣ مايو، فإنها تكون متعينة الرفض لرفعها بعد انقضاء أربعة أشهر من يوم تسجيل عقد البيع.

وقد قضت محكمة النقض بأن:

١ - «إن العلم المسقط لحق الشفعة في معنى المادة ١٩ من قانون الشفعة هو العلم الواقعي بجميع أركان البيع، ومنها البائع إذا كان واحداً أو البائعون جميعهم إذا تعددوا، وهذا العلم هو الذي

---

(١) محمد على عرفه ص٥٨٠- محمد كامل مرسي في الحقوق العينية الأصلية جـ ٣ ص ٥٧٥ وما بعدها.

(٢) محمد كامل مرسي ص٥٧٨.

يجب على المحكمة أن تتحراه وأن تقيم على ثبوته بالذات حكمها بسقوط حق الشفيع، إلا أن يكون قد انقضى على تسجيل عقد البيع ستة شهور من تاريخ تسجيله طبقاً للمادة ٢٢، إذ أن حق الشفعة يسقط في هذه الحالة بغير حاجة إلى إثبات العلم الواقعي.. إلخ».

(طعن رقم ٤٤ لسنة ١٥ق جلسة ١٩٤٦/٣/٧)

٢ – «إن القانون إذ جعل البيع سبباً للشفعة وجعل حق الشفيع في طلبها متولداً من مجرد تمام انعقاد البيع على العين المشفوعة جاء نصه عاماً مطلقاً، لا فرق فيه بين بيع بات خال من الشروط وبيع مقيد بها، ولا بين شرط وشرط. ومن ثم فالبيع المشروط فيه خيار البائع يتولد منه في الحال كغيره، حق الشفيع في طلب الشفعة وتسري عليه مواعيد السقوط وإن لم تجب له الشفعة ولا أخذ العين المشفوعة إلا بانقضاء خيار البائع بعد أن يكون الشفيع طلب الشفعة وفقاً للقانون».

(طعن رقم ٦٢ لسنة ١٦ق جلسة ١٩٤٧/٤/٣)

٣– «إن المواد (٧، ١٠، ١٢) من قانون التسجيل رقم ١٨ لسنة ١٩٢٣ إذ أجازت تسجيل صحائف دعاوي بطلان العقود واجبة التسجيل أو فسخها أو إلغائها أو الرجوع فيها ودعاوي استحقاق الحقوق العينية العقارية ورتبت على التأشير بمنطوق الحكم الذي يصدر في هذه الدعاوي على هامش تسجيل صحائفها انسحاب أثر

التسجيل بالحكم إلى تاريخ تسجيل الصحيفة فإنما أجازت ذلك على سبيل الاستثناء حماية لأصحاب تلك الدعاوي قبل من تترتب لهم حقوق عينية على العقار أو ديون عقارية منذ تاريخ تسجيل صحيفة الدعوى، فهي لا تفيد أن تسجيل الصحيفة في هذه الأحوال يقوم مقام تسجيل العقد في جميع ما يترتب على هذا التسجيل من آثار. وإذا كانت المادة ٢٢ من قانون الشفعة صريحة في النص على سقوط الحق في الشفعة بعد مضي ستة أشهر من يوم تسجيل عقد البيع، وإذا كان النص على سقوط حق إذا لم يستعمل في مدة معينة يجب التزام حدوده فإن الحق في الشفعة لا يسقط بمضي ستة أشهر على تاريخ تسجيل صحيفة الدعوى المرفوعة بشأن عقد شراء الأطيان المشفوع فيها سواء أكانت هذه الدعوى دعوى صحة تعاقد أم صحة توقيع».

(طعن رقم ١٩٦ لسنة ١٨ق جلسة ١٣/٤/١٩٥٠)

السبب الثالث: الأحوال الأخرى التي نص عليها القانون:

لم يشأ المشرع أن يحصر حالات سقوط الشفعة في هذا النص وإنما ذكر ما يمكن أن يثور الشك حوله، كنزول الشفيع عن حقه في الأخذ بالشفعة ولو قبل البيع، وحالة ما إذا لم يكن هناك إنذار فقرر ميعاد سقوط الحق في الأخذ بالشفعة وهو أربعة الأشهر من يوم تسجيل عقد البيع.

أما الأسباب الأخرى للسقوط فقد رأيناها أثناء دراستنا لشـــروط وإجراءات الشفعة وقد وردت بها نصوص في التقنين المدني ومنها:

١- عدم إعلان الشفيع رغبته في الأخذ بالشفعة في الميعاد.

٢- عدم رفع دعوى الشفعة في الميعاد.

٣- عدم إيداع الثمن في الميعاد.

٤- عدم إيداع الثمن خزانة المحكمة المختصة.

١٦٧ـ التحيل بقصد الهروب من الشفعة مانع مـن الـدفع بسقوطها:

لا محل للدفع بسقوط حق الشفعة بعد مضي أربعة أشـــهر مـــن يوم تسجيل عقد البيع، إذا كان هناك تحيل بقصد الهروب من أحكام الشفعة. فإذا ثبت لمحكمة الموضـــوع أن تجزئـــة صـــفقة العقـــار المشفوع فيه كان مقصوداً بها التحيل على منع حـــق الشـــفعة، وأن الصفقة كانت في الواقع واحدة، قضت بأنه لا محل للتمسك بانقضاء المدة على تاريخ تسجيل عقد الجزء الأول من هذه الصـــفقة، إذ لا يجوز التمسك بسقوط حق الشفعة في هذه الحالة مع ثبوت التحايـــل من طريق تجزئة الصفقة.

واستخلاص واقعة التحيل من ظروف الدعوى ووقائعها هو من أمور الموضوع التي يفصل فيها قاضي الدعوى دون معقب عليه.

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن:

١- «إن استخلاص المحكمة من ظروف الدعوى ووقائعها إن المشتري قد أراد بتجزئة الصفقة التي اشتراها التحيل لمنع من له أن يشفع فيها من أخذها بالشفعة هو من أمور الموضوع التي يفصل فيها قاضي الدعوى دون معقب عليه».

٢- "إن التحيل لإبطال الشفعة مناقض للغرض المقصود منها لأن الشفعة شرعت لدفع الضرر. فإذا ما أجيز التحيل لإبطالها كان ذلك عوداً عن مقصود الشارع يلحق الضرر الذي قصد إبطاله. فكل تحيل لإبطال الشفعة لا يصح للمحاكم أن تقره بوجه من الوجوه».

٣- «إنه وإن كانت المادة ٢٢ من قانون الشفعة تنص على سقوط حق الشفعة «في سائر الأحوال بعد مضي ستة أشهر من يوم تسجيل عقد البيع وذلك بالنسبة لكافة الشفعاء ولو كان الشفيع غير أهل للتصرف أو غائباً»، فإن محل ذلك ألا يكون هناك تحيل بقصد الهروب من أحكام القانون»[1].

(طعن رقم ١٠٥ لسنة ١٤ق جلسة ١٩٤٥/٥/١٧)

---

(١) واقعة التجزئة التي ثبت لمحكمة الموضوع أنه قصد بها التحيل على إضاعة حق الشفعة هي أن المشتري جعل البائع يبيعه أولاً ٣ف و ٩ط و ٤س ثم يحرر بباقي الصفقة وهو ٢ف و١ س عقد بيع ثانياً لصهره بحيث لا تتوافر في أي من الجزئين مسوغات الأخذ بالشفعة (محمود أحمد عمر مجموعة القواعد القانونية ج٤ ص٦٨٩ هامش ١).

١٨٦ ـ القضاء بسقوط الحق في الشفعة تستنفذ فيه محكمة أول درجة ولايتها ويجوز الطعن عليه استقلالاً:

الدفع بسقوط الحق في الشفعة بسبب من الأسباب الواردة في باب الشفعة هو دفع موضوعي وارد على الحق المطالب به، فإذا قضت محكمة أول درجة بقبوله أو برفضه فإنها تستنفذ ولايتها، ويجوز الطعن عليه استقلالاً وإذ قضت محكمة ثاني درجة بإلغاء حكمها فلا يجوز لها أن تعيد الدعوى إلى محكمة الدرجة الأولى لنظر موضوعها من جديد.

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن:

١- «القضاء بسقوط الحق في الشفعة لسبب من الأسباب الواردة في القانون المدني في باب الشفعة هو قضاء في الموضوع وارد على أصل الحق المطالب به وتستنفد محكمة الدرجة الأولى بهذا القضاء ولايتها في الفصل في موضوع الدعوى ويطرح الاستئناف المرفوع عن هذا الحكم الدعوى بما احتوته من طلبات ودفوع وأوجه دفاع على محكمة الاستئناف فلا يجوز لها في حالة إلغاء هذا القضاء أن تعيد الدعوى إلى محكمة الدرجة الأولى لنظر موضوعها من جديد. ولا يغير من الأمر أن يكون سند الحكم بسقوط الحق في الشفعة هو بطلان إعلان أحد الخصوم ذلك لأن هذا البطلان ليس هو الغاية من الدفع به وإنما هو مجرد وسيلة

للوصول إلى القضاء بسقوط حق المدعي في الشفعة على اعتبار أن الميعاد المحدد لطلبها قضاء قد انقضى دون أن ترفع على البائع والمشتري وفقاً لما يتطلبه القانون. ومن ثم فلا يصح النظر إلى هذا البطلان مستقلاً عن الغاية عن التمسك به والأثر المترتب عليه»

(طعن رقم ٢٤٤ لسنة ٣١ق جلسة ١٩٦٥/١٢/٣٠)

٢- "الدفع بسقوط الحق في الشفعة لسبب من الأسباب الواردة في باب الشفعة هو دفع موضوعي وارد على ذات الحق المطالب به، ومن ثم فإن الحكم الصادر بقبوله أو برفضه يكون حكماً صادراً في الموضوع مما يطعن فيه على استقلال في الميعاد القانوني وإلا صار نهائياً وحاز قوة الأمر المقضي».

(طعن رقم ٦٥ لسنة ٣٦ق جلسة ١٩٧٠/٤/٢٣)

صـــدر بعــد الطبــع

الحكم الصادر من الهيئة العامة للمواد المدنية والتجارية ومواد الأحوال الشخصية بمحكمة النقض بتاريخ ٢٠٠٥/٥/١٨ فى الطعنين رقمى ٥٠٨٥ ، ٥٧٨٩ لسنة ٧٢ ق " هيئة عامة "

لا يشترط أن يكون إيداع الثمن الحقيقى للعــين المشفــوع فيها فى خــزانــة المحكمة المختصة قيميا بنظر الدعــوى

وقد قضى الحكم المذكور بأن :

" ومن حيث إن الدائرة المختصة رأت بجلستها المنعقدة بتاريخ ٤ مارس سنة ٢٠٠٤ العدول عن الأحكام السابقة من الدوائر المدنية فيما انتهت إليه من اشتراط أن يكون إيداع الشفيع للثمن الحقيقى للعقار المشفوع فيه خزانة المحكمة المختصة قيمياً بنظر الدعوى ، ومن ثم رأت إحالة الطعنين إلى الهيئة العامة للمواد المدنية والتجارية والأحوال الشخصية للفصل فيهما عملا بالفقرة الثانية من المادة الرابعة من قانون السلطة القضائية رقم ٤٦ لسنة ١٩٧٢ وإذ حددت الهيئة جلسة لنظر الطعنين قدمت النيابة مذكرة تكميلية رأت فيها نقض الحكم المطعون فيه .

ومن حيث إن نص المادة ٢/٩٤٢ من القانون المدنى يوجب على الشفيع خلال ثلاثين يوما على الأكثر من تاريخ إعلان الرغبة فى الأخذ بالشفعة أن يودع خزانة المحكمة الكائن بدائرتها العقار المشفوع فيه كل الثمن الحقيقى الذى حصل به البيع مع مراعاة أن يكون هذا الإيداع قبل رفع دعوى الشفعة ، فإن لم يتم الإيداع فى هذا الميعاد على الوجه المتقدم سقط حق الأخذ بالشفعة . وقد أبانت مناقشات لجنة الشئون التشريعية بمجلس النواب ولجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ على هذا النص قبل إقراره أن اشتراط إيداع الثمن خزانة المحكمة الكائن بدائرتها العقار قد جاء بغرض التأكيد على أن دعوى الشفعة دعوى عينية ، وأن اشتراط إيداع كل الثمن الحقيقى خلال ثلاثين يوماً على الأكثر من تاريخ إعلان الرغبة فى الأخذ بالشفعة ورد ضماناً لجدية دعوى الشفعة ونأيا بها عن مجال المضاربة أو الاستغلال من جانب الشفيع وذلك بقصد تقييد دعوى الشفعة لصالح المشترى . لما كان ذلك ، وكانت القواعد المنظمة للاختصاص القيمى للمحاكم الواردة فى قانون المرافعات – والتى أعيد النظر فيها أكثر من مرة على ضوء التغيير الذى لحق قيمة العملة – لا تستهدف حماية خاصة لأحد أطراف الخصومة وإنما أراد بها المشرع أن تكون الدعاوى قليلة القيمة من اختصاص

القاضى الجزئى بينما يختص بالدعاوى عالية القيمة الدائرة الكليـــة بالمحكمة الابتدائية المشكلة من ثلاثة قضاة لهم مجتمعين من الخبرة والدراية ما يناسب أهمية الدعاوى عالية القيمة . لما كـــان ذلـــك ، وكانت المواد المنظمة لحق الشفعة فى القانون المدنى لا يوجد فيها ولا فى قانون المرافعات نص صريح يشترط أن يكون إيداع الشفيع للثمن فى خزانة المحكمة الواقع فى دائرتها العقار والمختصة فـــى ذات الوقت قيميا بنظر دعوى الشـــفعة وإنمـــا ورد بـــنص المـــادة ٢/٩٤٢ من القانون المدنى لفظ المحكمة الكائن بدائرتها العقار عاما يصدق على المحكمة الجزئية كما يصدق علـــى المحكمـــة الكليـــة بمفهوم أن النطاق المكانى للمحكمتين واحـــد باعتبـــار أن النطـــاق المكانى للمحكمة الجزئية هو جزء من النطاق المكـــانى للمحكمـــة الكلية لأن متى جاء لفظ المحكمة عامـــا ولـــم يقـــم الـــدليل علـــى تخصيصه وجب حمله على عمومه ، لذلك فإن إيداع الثمن أيا مـــن خزانتى المحكمة الجزئية أو الكلية الواقع فى دائرتها العقار يحقـــق ذات غرض المشرع من توافر جدية الشفيع وليس فيه ما ينال مـــن توجه المشرع إلى تقييد الحق فى الشفعةومن ثم فلا يقبل أن يكـــون الإيداع فى خزانة المحكمة الجزئية – التى قد تكون هـــى الأقـــرب للعقار من المحكمة الكلية المختصة قيميا بنظر الدعوى – سبباً فـــى

سقوط حق الشفيع الذى لا ينبغى أن يتحقق إلا من خطأ يستأهله أو نص يوجبه، ويؤكد هذا النظر أن المشرع فى قانون المرافعات لـم يرتب سقوط الحق فى أية دعوى - بما فيها دعوى الشفعة - إذ ما رفعت إلى محكمة غير مختصة قيميا بنظر النزاع ، ومن ثم فإنه لا يكون مقبولاً أن يكون إيداع الثمن فى دعوى الشفعة والذى هو من إجراءاتها ولا يرقى لأهمية رفع الدعوى نفسها لايساغ أن يكون هذا الإيداع فى محكمة غير مختصة قيمياً بنظر الدعوى سبباً فى سقوط حق الشفعة لأن هذا السقوط عندئذ سيأتى على غير خطأ يســتأهله وبغير نص يوجبه . لما كان ما تقدم ، وكانــت الأحكــام الســابق صدورها من الدوائر المدنية قد ذهبت إلى وجــوب إيــداع الــثمن الحقيقى للعقار المشفوع فيه خزانة المحكمة المختصة قيمياً بنظــر الدعوى دون اكتفاء بأن يكون الإيداع فى خزانة المحكمة الواقع فى دائرتها العقار وإلا سقط الحق فى الأخذ بالشفعة ، فإنه يتعين بعــد توافر الأغلبية المنصوص عليها فى الفقرة الثانية من المادة الرابعة من قانون السلطة القضائية رقم ٤٦ لسنة ١٩٧٢ العدول عن هــذا المبدأ ولتفصل الهيئة فى الطعنين وفق هذا العدول " .

محتويات الكتاب

تم بحمد الله

رقم الإيداع بدار الكتب المصرية

الترقيم الدولى

٢٠٠٦/١٦٧٢٧

977 - 400 - 044 -7



٢٣ ش رشدى عابدين - ٣٩٢٥٣٧٦

